



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1998 Vol. 1

1^{er} cahier, 1998 Vol. 1

Cited as [1998] 1 S.C.R. 3-145

Renvoi [1998] 1 R.C.S. 3-145

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1998.

CONTENTS

Dowling v. Halifax (City)..... 22

Labour law — Wrongful dismissal — Near cause doctrine — Arguments related to doctrine not accepted.

Giffen (Re)..... 91

Bankruptcy and insolvency — Personal property security — Company employee leasing vehicle — Lessor failing to register financing statements under B.C. Personal Property Security Act and thus perfect its security interest — Employee making assignment in bankruptcy — Property of bankrupt vesting in trustee under Bankruptcy and Insolvency Act — Unperfected security interest in collateral not effective against trustee under Personal Property Security Act — Whether trustee entitled to proceeds of sale of vehicle — Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, c. 36, s. 20(b)(i) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 67(1), 71(2).

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1998.

SOMMAIRE

Dowling c. Halifax (Ville)..... 22

Droit du travail — Congédiement injustifié — Règle de la pertinence de l'existence d'un motif insuffisant — Rejet des arguments relatifs à cette règle.

Giffen (Re)..... 91

Faillite et insolvabilité — Sûreté mobilière — L'employée d'une société loue un véhicule — La bailleresse omet de enregistrer une déclaration de financement en application de la Personal Property Security Act de la Colombie-Britannique et donc, de parfaire sa sûreté — L'employée produit une assignation de faillite — Les biens de la faillite sont dévolus au syndic en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — La sûreté parfaite grevant un bien est inopposable au syndic de faillite en vertu de la Personal Property Security Act — Le syndic a-t-il droit au produit de la vente? — Personal Property Security Act

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Bekoe 90

Criminal law — Evidence — Welfare fraud arising from non-reporting of change of marital status — Defence evidence as to traditional African marriage rejected at trial — Trial judge not misapprehending defence evidence.

R. v. Caslake 51

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Inventory search of accused's car following lawful arrest — Search conducted pursuant to police policy and without warrant or permission — Whether search infringing Charter right to freedom from unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Evidence seized as result of inventory search of accused's car following lawful arrest — Search conducted pursuant to police policy and without warrant or permission — Whether evidence found in search in violation of Charter admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. Horne..... 85

Criminal law — Evidence — Accomplice — Corroboration — Clear and correct warning properly given to the jury.

R. v. Malott 123

Criminal law — Defences — Self-defence — Battered woman syndrome — Charge to jury — Accused convicted of second degree murder after shooting her abusive common law husband to death — Whether trial judge's charge to jury adequately dealt with evidence of battered woman syndrome as it relates to defence of self-defence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 34(2).

R. v. Maracle..... 86

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Trial judge ruling that accused's trial had been unreasonably delayed and ordering that charges be stayed — Whether Court of Appeal properly reversing stay.

R. v. Poirier 24

Criminal law — Evidence — Trial judge taking into account all evidence presented at trial — Accused's acquittal upheld.

R. v. Shalaan 88

Criminal law — Parties to offences — Accessory after the fact — Court of Appeal correct in holding that it is not necessary to convict a principal in order to convict an accessory.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

rity Act, S.B.C. 1989, ch. 36, art. 20b)(i) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67(1), 71(2).

R. c. Bekoe 90

Droit criminel — Preuve — Perception frauduleuse d'aide sociale résultant de l'omission de déclarer un changement d'état civil — Rejet au procès de la preuve de la défense quant au mariage traditionnel en Afrique — Juge du procès n'ayant pas mal compris la preuve de la défense.

R. c. Caslake 51

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille de l'automobile de l'accusé effectuée à des fins d'inventaire à la suite d'une arrestation légale — Fouille effectuée conformément à une politique de la police et sans mandat de perquisition ni permission — La fouille a-t-elle porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Saisie d'éléments de preuve résultant d'une fouille de l'automobile de l'accusé effectuée à des fins d'inventaire à la suite d'une arrestation légale — Fouille effectuée conformément à une politique de la police et sans mandat de perquisition ni permission — Les éléments de preuve découverts lors de la fouille effectuée en violation de la Charte sont-ils admissibles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. Horne..... 85

Droit criminel — Preuve — Complice — Corroboration — Mise en garde claire et correcte convenablement donnée au jury.

R. c. Malott 123

Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Syndrome de la femme battue — Directives au jury — Accusée déclarée coupable de meurtre au second degré après qu'elle eut abattu son conjoint de fait qui lui infligeait des mauvais traitements — Dans ses directives au jury, le juge du procès a-t-il traité suffisamment de la preuve du syndrome de la femme battue relativement au moyen de défense fondé sur la légitime défense? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2).

R. c. Maracle..... 86

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Juge du procès statuant que le procès de l'accusé a été retardé déraisonnablement et ordonnant l'arrêt des procédures — La Cour d'appel a-t-elle annulé à bon droit l'arrêt des procédures?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Taylor..... 26

Criminal law — Evidence — Interception of private communications — Trial judge excluding evidence obtained by electronic surveillance — Court of Appeal correctly ruling that trial judge erred in finding that interception was unlawful because it was prohibited by judicial authorization.

R. v. Underwood..... 77

Criminal law — Trial — Procedure — Proper time to rule on defence's application to exclude accused's prior criminal record — Whether trial judge erred in refusing to rule on application until after accused had testified.

Criminal law — Evidence — Cross-examination of accused — Previous convictions — Corbett application — Proper time to rule on defence's application to exclude accused's prior criminal record.

Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)..... 3

Courts — Judicial independence — Provincial Courts — Supreme Court of Canada finding in original judgment that provincial court judges of Alberta, Manitoba and Prince Edward Island not independent — Whether requests at rehearing for declarations validating past decisions of provincial court judges should be granted — Doctrine of necessity.

Courts — Judicial independence — Provincial Courts — Supreme Court of Canada finding in original judgment that Alberta provincial court judges not independent — Declarations invalidating legislation in original judgment clarified — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94.

Courts — Judicial independence — Provincial Courts — Judicial remuneration — Requirement for independent, objective and effective process for setting judicial remuneration suspended for one year from date of original judgment.

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)..... 27

Employment law — Bankruptcy — Termination pay and severance available when employment terminated by the employer — Whether bankruptcy can be said to be termination by the employer — Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137, ss. 7(5), 40(1), (7), 40a — Employment Standards Amendment Act, 1981, S.O. 1981, c. 22, s. 2(3) — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 121(1) — Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. I.11, ss. 10, 17.

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Poirier..... 24

Droit criminel — Preuve — Juge du procès prenant en considération toute la preuve produite au procès — Confirmation de l'acquiescement de l'accusé.

R. c. Shalaan..... 88

Droit criminel — Participants à des infractions — Complicité après le fait — Cour d'appel concluant à juste titre qu'il n'est pas nécessaire de reconnaître la culpabilité de l'auteur principal d'une infraction pour pouvoir déclarer coupable un complice après le fait.

R. c. Taylor..... 26

Droit criminel — Preuve — Interception de communications privées — Juge du procès écartant la preuve obtenue par écoute électronique — Cour d'appel statuant à bon droit que le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'interception était illégale parce qu'elle était interdite par l'autorisation judiciaire.

R. c. Underwood..... 77

Droit criminel — Procès — Procédure — Moment opportun pour statuer sur une demande de la défense visant l'exclusion du casier judiciaire de l'accusé — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de statuer sur la demande avant que l'accusé ait témoigné?

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire de l'accusé — Déclarations de culpabilité antérieures — Demande de type Corbett — Moment opportun pour statuer sur une demande de la défense visant l'exclusion du casier judiciaire de l'accusé.

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (l.-P.-É.)..... 3

Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Jugement initial de la Cour suprême du Canada concluant à l'absence d'indépendance des juges des cours provinciales de l'Alberta, du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard — Demandes présentées durant la nouvelle audition en vue de faire déclarer valides les décisions passées rendues par ces juges — Doctrine de la nécessité.

Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Jugement initial de la Cour suprême du Canada concluant à l'absence d'indépendance des juges de la Cour provinciale de l'Alberta — Précisions apportées aux déclarations portant invalidation de textes de loi — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94.

Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Rémunération des juges — Exigence relative au mécanisme indépendant, objectif et efficace de détermination

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

de la rémunération des juges suspendue pour un an à compter de la date du jugement initial.

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) 27

Employeur et employé — Faillite — Indemnités de licenciement et de cessation d'emploi payables en cas de licenciement par l'employeur — Faillite peut-elle être assimilée au licenciement par l'employeur? — Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137, art. 7(5), 40(1), (7), 40a — Employment Standards Amendment Act, 1981, L.O. 1981, ch. 22, art. 2(3) — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 121(1) — Loi d'interprétation, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 10, 17.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 1998

1^{er} volume, 1998

IN THE MATTER of a Reference from the Lieutenant Governor in Council pursuant to Section 18 of the *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, Cap. S-10, Regarding the Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island and the Jurisdiction of the Legislature in Respect Thereof

and

IN THE MATTER of a Reference from the Lieutenant Governor in Council pursuant to Section 18 of the *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, Cap. S-10, Regarding the Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island

Merlin McDonald, Omer Pineau and Robert Christie *Appellants*

v.

The Attorney General of Prince Edward Island *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Canadian Association of Provincial Court Judges, the Conférence des juges du Québec, the Saskatchewan Provincial Court Judges Association, the Alberta Provincial Judges' Association, the Canadian Bar Association and the Federation of Law Societies of Canada *Interveners*

INDEXED AS: REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT OF PRINCE EDWARD ISLAND; REFERENCE RE INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY OF

DANS L'AFFAIRE du renvoi présenté par le lieutenant-gouverneur en conseil, en vertu de l'article 18 de la *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, relativement à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard et à la compétence de l'Assemblée législative à cet égard

et

DANS L'AFFAIRE du renvoi présenté par le lieutenant-gouverneur en conseil, en vertu de l'article 18 de la *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, relativement à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard

Merlin McDonald, Omer Pineau et Robert Christie *Appelants*

c.

Le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, l'Association canadienne des juges de cours provinciales, la Conférence des juges du Québec, la Saskatchewan Provincial Court Judges Association, l'Alberta Provincial Judges' Association, l'Association du Barreau canadien et la Fédération des professions juridiques du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: RENOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD; RENOI RELATIF À L'INDÉPENDANCE ET À

JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT OF PRINCE EDWARD ISLAND

File Nos.: 24508, 24778.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Shawn Carl Campbell *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ivica Ekmecic *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Percy Dwight Wickman *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Canadian Association of Provincial Court Judges, the Conférence des juges du Québec, the Saskatchewan Provincial Court Judges Association, the Alberta Provincial Judges' Association, the Canadian Bar Association and the Federation of Law Societies of Canada *Interveners*

L'IMPARTIALITÉ DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

Nos du greffe: 24508, 24778.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Shawn Carl Campbell *Intimé*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Ivica Ekmecic *Intimé*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Percy Dwight Wickman *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur général de la Saskatchewan, l'Association canadienne des juges de cours provinciales, la Conférence des juges du Québec, la Saskatchewan Provincial Court Judges Association, l'Alberta Provincial Judges' Association, l'Association du Barreau canadien et la Fédération des professions juridiques du Canada *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. CAMPBELL; R. v. EKMECIC; R. v. WICKMAN

File No.: 24831.

The Judges of the Provincial Court of Manitoba as represented by the Manitoba Provincial Judges Association, Judge Marvin Garfinkel, Judge Philip Ashdown, Judge Arnold Conner, Judge Linda Giesbrecht, Judge Ronald Myers, Judge Susan Devine and Judge Wesley Swail, and the Judges of the Provincial Court of Manitoba as represented by Judge Marvin Garfinkel, Judge Philip Ashdown, Judge Arnold Conner, Judge Linda Giesbrecht, Judge Ronald Myers, Judge Susan Devine and Judge Wesley Swail *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in right of the province of Manitoba as represented by Rosemary Vodrey, the Minister of Justice and the Attorney General of Manitoba, and Darren Praznik, the Minister of Labour as the Minister responsible for *The Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act* *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Canadian Judges Conference, the Canadian Association of Provincial Court Judges, the Conférence des juges du Québec, the Saskatchewan Provincial Court Judges Association, the Alberta Provincial Judges' Association, the Canadian Bar Association

RÉPERTORIÉ: R. c. CAMPBELL; R. c. EKMECIC; R. c. WICKMAN

N° du greffe: 24831.

Les juges de la Cour provinciale du Manitoba représentés par la Manitoba Provincial Judges Association, le juge Marvin Garfinkel, le juge Philip Ashdown, le juge Arnold Conner, le juge Linda Giesbrecht, le juge Ronald Myers, le juge Susan Devine et le juge Wesley Swail, et les juges de la Cour provinciale du Manitoba représentés par les juges Marvin Garfinkel, Philip Ashdown, Arnold Conner, Linda Giesbrecht, Ronald Myers, Susan Devine et Wesley Swail *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province du Manitoba représentée par Rosemary Vodrey, ministre de la Justice et procureure générale du Manitoba, et Darren Praznik, ministre du Travail en qualité de ministre responsable de la *Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public* *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, la Conférence canadienne des juges, l'Association canadienne des juges de cours provinciales, la Conférence des juges du Québec, la Saskatchewan Provincial Court Judges Association, l'Alberta Provincial Judges' Association, l'Association du

**and the Federation of Law Societies of
Canada** *Interveniers*

INDEXED AS: MANITOBA PROVINCIAL JUDGES ASSN. v.
MANITOBA (MINISTER OF JUSTICE)

File No.: 24846.

1998: January 19; 1998: February 10.

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

REHEARING

Courts — Judicial independence — Provincial Courts — Supreme Court of Canada finding in original judgment that provincial court judges of Alberta, Manitoba and Prince Edward Island not independent — Whether requests at rehearing for declarations validating past decisions of provincial court judges should be granted — Doctrine of necessity.

Courts — Judicial independence — Provincial Courts — Supreme Court of Canada finding in original judgment that Alberta provincial court judges not independent — Declarations invalidating legislation in original judgment clarified — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94.

Courts — Judicial independence — Provincial Courts — Judicial remuneration — Requirement for independent, objective and effective process for setting judicial remuneration suspended for one year from date of original judgment.

In a judgment rendered on September 18, 1997, the Supreme Court found that the provincial court judges of the provinces of Alberta, Manitoba and P.E.I. lacked the independence required by the preamble of the *Constitution Act, 1867* and s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. At the rehearing, the Attorneys General of all three provinces requested declarations deeming past decisions made by the judges of their provincial courts to be valid, despite the courts' lack of independence.

Held: The declarations requested should not be granted.

**Barreau canadien et la Fédération des
professions juridiques du
Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MANITOBA PROVINCIAL JUDGES ASSN. c.
MANITOBA (MINISTRE DE LA JUSTICE)

N° du greffe: 24846.

1998: 19 janvier; 1998: 10 février.

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

NOUVELLE AUDITION

Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Jugement initial de la Cour suprême du Canada concluant à l'absence d'indépendance des juges des cours provinciales de l'Alberta, du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard — Demandes présentées durant la nouvelle audition en vue de faire déclarer valides les décisions passées rendues par ces juges — Doctrine de la nécessité.

Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Jugement initial de la Cour suprême du Canada concluant à l'absence d'indépendance des juges de la Cour provinciale de l'Alberta — Précisions apportées aux déclarations portant invalidation de textes de loi — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94.

Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Rémunération des juges — Exigence relative au mécanisme indépendant, objectif et efficace de détermination de la rémunération des juges suspendue pour un an à compter de la date du jugement initial.

Dans un jugement rendu le 18 septembre 1997, la Cour suprême du Canada a statué que les juges des cours provinciales de l'Alberta, du Manitoba et de l'Î.-P.-É. ne jouissaient pas de l'indépendance requise par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À la nouvelle audience, les procureurs généraux des trois provinces ont demandé que soient déclarées valides les décisions passées rendues par les juges de ces cours, malgré l'absence d'indépendance des tribunaux en question.

Arrêt: Les déclarations demandées sont refusées.

Although there is a general rule that a judge who is not impartial is disqualified from hearing a case, the doctrine of necessity — an exception to the general rule of disqualification — allows in certain circumstances a judge who would otherwise be disqualified to hear the case nonetheless, if there is no impartial judge who can take his place. The law recognizes that in some situations a judge who is not impartial and independent is preferable to no judge at all. The doctrine of necessity acknowledges the importance of finality and continuity in the administration of justice and sanctions a limited degree of unfairness toward the individual accused. Given this adverse effect, the exception should be applied rarely, and with great circumspection. As this exception applies here, absent a demonstration of positive and substantial injustice in the circumstances of a particular case, the doctrine of necessity will prevent the reopening of past decisions of the provincial courts of Alberta, Manitoba and P.E.I. by reason only of their lack of independence. Further, in the case of P.E.I., the issue of the independence of the provincial court judges came to this Court in the form of two references. Therefore, the Court has no jurisdiction to grant the relief requested.

In the case of Alberta, the September 18, 1997 judgment should be varied to clarify the orders made after the original hearing. Section 17(1) of the *Provincial Court Judges Act* is declared unconstitutional; however, given the institutional burdens that must be met by Alberta, this declaration of invalidity is suspended for a period of one year from the date of the original judgment. The *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, is also declared of no force or effect and that declaration takes effect retroactively as of September 18, 1997.

To allow governments time to comply with the constitutional requirements mandated by the September 18, 1997 judgment, and to ensure that the orderly administration of justice is not disrupted in the interim, all aspects of the requirement for an independent, objective and effective process for setting judicial remuneration, including any reimbursement for past salary reductions, are suspended for one year from the date of the original judgment. As of September 18, 1998, the judicial compensation commission requirement will apply prospec-

Malgré la règle générale selon laquelle un juge qui n'est pas impartial est inhabile à entendre une affaire, la doctrine de la nécessité — qui constitue une exception à cette règle générale — permet dans certaines circonstances à un juge, qui serait par ailleurs inhabile à connaître d'un litige, d'entendre cette affaire s'il n'y a pas de juge impartial en mesure de le remplacer. Le droit reconnaît que, dans certaines situations, il est préférable d'avoir un juge qui n'est ni indépendant ni impartial plutôt que de ne pas avoir de juge du tout. La doctrine de la nécessité tient compte de l'importance des notions de finalité et de continuité dans l'administration de la justice et autorise un degré limité d'iniquité envers un accusé. Compte tenu de cet effet préjudiciable, cette exception ne devrait être appliquée que rarement et avec énormément de circumspection. Comme cette exception s'applique en l'espèce, en l'absence de preuve d'une injustice concrète et substantielle dans les circonstances particulières d'un cas donné, la doctrine de la nécessité aura pour effet d'empêcher le réexamen des décisions passées des cours provinciales de l'Alberta, du Manitoba et de l'Î.-P.-É. du seul fait que ces tribunaux ne sont pas indépendants. Qui plus est, dans le cas de l'Î.-P.-É., la Cour a été saisie de la question de l'indépendance des juges de la Cour provinciale dans le cadre de deux renvois. Par conséquent, la Cour n'a pas compétence pour accorder le redressement demandé.

Dans le cas de l'Alberta, le jugement du 18 septembre 1997 est modifié afin de préciser les ordonnances rendues après l'audience initiale. Le paragraphe 17(1) de la *Provincial Court Judges Act* est déclaré inconstitutionnel. Toutefois, vu le fardeau institutionnel auquel doit faire face l'Alberta, cette déclaration d'invalidité est suspendue pour une période d'un an à compter de la date du jugement initial. Le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, est également déclaré inopérant, et cette déclaration produit ses effets rétroactivement depuis le 18 septembre 1997.

Afin de permettre aux gouvernements concernés de se conformer aux exigences constitutionnelles prescrites par le jugement du 18 septembre 1997 et de faire en sorte que la bonne administration de la justice ne soit pas perturbée dans l'intervalle, l'application de tous les aspects de l'exigence concernant le mécanisme indépendant, objectif et efficace de détermination de la rémunération des juges, y compris tout remboursement pour réduction antérieure de traitement, est suspendue pour un an à compter de la date du jugement initial. Le 18 septembre 1998, l'exigence relative à la commission de rémunération des juges s'appliquera pour l'avenir. La

tively. The transition period will apply throughout Canada.

période de transition s'applique dans l'ensemble du Canada.

Cases Cited

Distinguished: *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; **referred to:** *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Dimes v. Grand Junction Canal (Proprietors of)* (1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301; *Laws v. Australian Broadcasting Tribunal* (1990), 93 A.L.R. 435; *United States v. Will*, 449 U.S. 200 (1980); *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, S. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 117; *Year Book*, 8 Hen. 6, 19b.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 553 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.)], s. 104; am. 1992, c. 1, s. 58(1) (Sch. I, item 11); am. 1994, c. 44, s. 57; am. 1995, c. 22, s. 2; am. 1996, c. 19, s. 72; am. 1997, c. 18, s. 66], 554(1) [am. c. 27 (1st Supp.)], s. 203].
Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94.
Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 171/91.
Payment to Provincial Judges Regulation, Alta. Reg. 27/80.
Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1).
Provincial Judges and Masters in Chambers Pension Plan Amendment Regulation, Alta. Reg. 29/92.
Provincial Judges and Masters in Chambers Pension Plan Regulation, Alta. Reg. 265/88.
Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.M. 1993, c. 21.

Authors Cited

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.
Halsbury's Laws of England, vol. 1(1), 4th ed. (reissue). By Lord Hailsham of St. Marylebone. London: Butterworths, 1989.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; **arrêts mentionnés:** *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Dimes c. Grand Junction Canal (Proprietors of)* (1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301; *Laws c. Australian Broadcasting Tribunal* (1990), 93 A.L.R. 435; *United States c. Will*, 449 U.S. 200 (1980); *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 117; *Year Book*, 8 Hen. 6, 19b.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 553 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 104; mod. 1992, ch. 1, art. 58(1) (ann. I, art. 11); mod. 1994, ch. 44, art. 57; mod. 1995, ch. 22, art. 2; mod. 1996, ch. 19, art. 72; mod. 1997, ch. 18, art. 66], 554(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 203].
Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21.
Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94.
Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 171/91.
Payment to Provincial Judges Regulation, Alta. Reg. 27/80.
Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1).
Provincial Judges and Masters in Chambers Pension Plan Amendment Regulation, Alta. Reg. 29/92.
Provincial Judges and Masters in Chambers Pension Plan Regulation, Alta. Reg. 265/88.

Doctrine citée

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.
Halsbury's Laws of England, vol. 1(1), 4th ed. (reissue). By Lord Hailsham of St. Marylebone. London: Butterworths, 1989.

Rolle's Abridgment, vol. 2, 1668.

Tracey, R. R. S. "Disqualified Adjudicators: The Doctrine of Necessity in Public Law", [1982] *Public Law* 628.

REHEARING of appeals on independence of provincial court judges of Prince Edward Island, Manitoba and Alberta, [1997] 3 S.C.R. 3.

Peter C. Ghiz, for the appellants in the P.E.I. references.

Gordon L. Campbell and Tracey Clements, for the respondent in the P.E.I. references.

Richard F. Taylor, for the appellant Her Majesty the Queen.

John A. Legge, for the respondents Campbell, Ekmecic and Wickman.

Robb Tonn and Colin S. Robinson, for the appellants the Judges of the Provincial Court of Manitoba.

E. W. Olson, Q.C., for the respondent Her Majesty the Queen in right of Manitoba.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Jon Brongers*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robb Tonn and Colin S. Robinson, for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges.

L. Yves Fortier, Q.C., and *Leigh D. Crestohl*, for the intervener the Canadian Judges Conference.

Raynold Langlois, Q.C., for the intervener the Conférence des juges du Québec.

D. O. Sabey, Q.C., and *Scott H. D. Bower*, for the intervener the Alberta Provincial Judges' Association.

Rolle's Abridgment, vol. 2, 1668.

Tracey, R. R. S. «Disqualified Adjudicators: The Doctrine of Necessity in Public Law», [1982] *Public Law* 628.

NOUVELLE AUDITION des pourvois relatifs à l'indépendance des juges des cours provinciales de l'Île-du-Prince-Édouard, du Manitoba et de l'Alberta, [1997] 3 R.C.S. 3.

Peter C. Ghiz, pour les appelants dans les renvois de l'Île-du-Prince-Édouard.

Gordon L. Campbell et Tracey Clements, pour l'intimé dans les renvois de l'Île-du-Prince-Édouard.

Richard F. Taylor, pour l'appelante Sa Majesté la Reine.

John A. Legge, pour les intimés Campbell, Ekmecic et Wickman.

Robb Tonn et Colin S. Robinson, pour les appelants les juges de la Cour provinciale du Manitoba.

E. W. Olson, c.r., pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Manitoba.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Jon Brongers*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robb Tonn et Colin S. Robinson, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges de cours provinciales.

L. Yves Fortier, c.r., et *Leigh D. Crestohl*, pour l'intervenante la Conférence canadienne des juges.

Raynold Langlois, c.r., pour l'intervenante la Conférence des juges du Québec.

D. O. Sabey, c.r., et *Scott H. D. Bower*, pour l'intervenante l'Alberta Provincial Judges' Association.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

¹ THE CHIEF JUSTICE — On September 18, 1997, this Court issued a judgment dealing with the unconstitutionality of certain actions of the provincial governments of Alberta, Manitoba and Prince Edward Island that interfered with the judicial independence of their provincial courts ([1997] 3 S.C.R. 3 (the “*Provincial Court Judges Case*”)). The Court issued several declarations invalidating statutes or censoring acts that impinged upon the security of tenure, financial security and/or administrative independence of the judges of the Provincial Courts of Alberta and Manitoba, and we gave our advisory opinion in response to reference questions on the same issues with respect to the Provincial Court of Prince Edward Island. The declarations of invalidity of offending provisions in provincial statutes and regulations retroactively nullified them. However, those declarations do not “cure” all of the unconstitutional effects those provisions had while they were in force: *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1195.

LE JUGE EN CHEF — Le 18 septembre 1997, notre Cour a rendu un arrêt traitant de l’inconstitutionnalité de certaines mesures qui avaient été prises par les gouvernements des provinces de l’Alberta, du Manitoba et de l’Île-du-Prince-Édouard et qui portaient atteinte à l’indépendance des juges de leur cour provinciale respective ([1997] 3 R.C.S. 3 (l’«*Affaire des juges des cours provinciales*»)). La Cour a prononcé plusieurs déclarations invalidant des lois ou condamnant des actes qui portaient atteinte à l’inamovibilité, ainsi qu’à la sécurité financière ou à l’indépendance administrative — ou aux deux — des juges de la Cour provinciale de l’Alberta et de celle du Manitoba. Nous avons également rendu un avis consultatif en réponse aux questions posées sur les mêmes sujets dans les renvois concernant la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard. Les déclarations invalidant les dispositions attentatoires des textes législatifs et réglementaires provinciaux ont annulé ces dispositions rétroactivement. Toutefois, ces déclarations ne «corrigent» pas tous les effets inconstitutionnels que produisaient ces dispositions pendant qu’elles étaient en vigueur: *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, à la p. 1195.

² One effect of those legislative provisions that had undermined the financial security of provincial court judges was to render those tribunals dependent. The retroactive annulment of the salary reductions by this Court does not change the fact that provincial court judges were not independent during the period of time when those reductions were imposed upon them. Section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the right “to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal” (emphasis added). The upshot of this Court’s judgment is that every person found guilty by a provincial court in Alberta, Manitoba or Prince Edward Island while those unconstitutional laws were being applied has suffered a breach of his or her s. 11(d) rights. The retroactive nullification of the

Un des effets de ces dispositions législatives portant atteinte à la sécurité financière des juges de cours provinciales avait été de rendre ces tribunaux dépendants. L’annulation rétroactive des réductions de traitement par notre Cour ne change rien au fait que les juges des cours provinciales n’étaient pas indépendants durant la période où ces réductions leur étaient imposées. L’alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à tout inculpé le droit «d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable» (je souligne). L’arrêt de notre Cour a eu pour résultat que toute personne déclarée coupable d’une infraction par la cour provinciale de l’Alberta, du Manitoba ou de l’Île-du-Prince-Édouard pendant que ces textes de loi inconstitutionnels étaient

legislation that caused those breaches does not, however, have the effect of “deeming” them never to have occurred.

The Attorneys General of Alberta, Manitoba and Prince Edward Island have returned to this Court primarily to request declarations deeming past decisions of provincial court judges in those provinces to be valid. The reasons why such relief is unnecessary and the Court’s decision regarding other relief requested by individual provinces are set out below. I will also explain our decision to suspend temporarily the requirement of an independent, objective and effective process for setting judicial remuneration.

A. Doctrine of Necessity

The Attorneys General of all three provinces have returned to this Court primarily to seek additional remedies to ensure that the *Provincial Court Judges Case* does not have the effect of opening every decision made by their provincial courts to a s. 11(d) challenge. All three provinces have requested declarations deeming past acts and decisions of the members of their provincial courts to be valid, despite the courts’ lack of independence. There is no need for this Court to make such declarations. Past decisions cannot be reopened by relying on the constitutional defects in the Provincial Courts of Alberta, Manitoba and Prince Edward Island that were discussed in this Court’s reasons in the *Provincial Court Judges Case*. Although there is a general rule that a judge who is not impartial is disqualified from hearing a case, there is an exception to this rule that allows a judge who would otherwise be disqualified to hear the case nonetheless, if there is no impartial judge who can take his or her place. The law recognizes that in

appliqués a été privée des droits qui lui sont garantis par l’al. 11d). Toutefois, ces violations ne sont pas «censées» n’avoir jamais eu lieu du fait de l’annulation rétroactive des textes de loi les ayant causées.

Les procureurs généraux de l’Alberta, du Manitoba et de l’Île-du-Prince-Édouard sont revenus devant notre Cour pour demander principalement des déclarations portant que les décisions passées des juges des cours provinciales sont censées valides. Les raisons pour lesquelles une telle réparation n’est pas nécessaire ainsi que la décision de la Cour au sujet de l’autre réparation demandée par chacune de ces provinces sont exposées plus loin. J’expliquerai également notre décision de suspendre temporairement l’application de l’exigence relative au mécanisme indépendant, objectif et efficace de détermination de la rémunération des juges.

A. La doctrine de la nécessité

Les procureurs généraux des trois provinces sont revenus devant notre Cour principalement pour solliciter des mesures supplémentaires afin que l’*Affaire des juges des cours provinciales* n’ait pas pour effet d’exposer toutes les décisions rendues par leur cour provinciale respective à des contestations fondées sur l’al. 11d). Ces trois provinces ont demandé des déclarations portant que les actes et les décisions passés des juges de leurs cours provinciales sont censés valides, malgré l’absence d’indépendance de ces tribunaux. Il n’est pas nécessaire que notre Cour prononce de telles déclarations. Les décisions passées des cours provinciales de l’Alberta, du Manitoba et de l’Île-du-Prince-Édouard ne peuvent être réexaminées sur le fondement des lacunes constitutionnelles de ces tribunaux qui ont été étudiées dans les motifs de notre Cour dans l’*Affaire des juges des cours provinciales*. La règle générale selon laquelle un juge qui n’est pas impartial est inhabile à entendre une affaire connaît une exception. Cette exception permet à un juge qui, sans elle, serait inhabile à connaître d’un litige d’entendre quand même cette affaire dans les cas où il n’y a pas de juge impartial en mesure de le remplacer. En effet, le droit reconnaît que, dans certaines situations, il est préférable

3

4

some situations a judge who is not impartial and independent is preferable to no judge at all.

5 This exception, usually referred to as the “doctrine of necessity” or the “rule of necessity”, developed side by side with the general rule of disqualification. The first recorded case in which this principle was applied seems to be one decided in 1430, in which it was held that the judges of the Common Pleas were not disqualified from judging an action against all of them, because there was no other court in which the case could be brought: *Year Book*, 8 Hen. 6, 19b; 2 *Rolle’s Abridgment* (1668), at p. 93. This rule has been applied by the highest courts of several common law jurisdictions; see, e.g., *Dimes v. Grand Junction Canal (Proprietors of)* (1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301; *Laws v. Australian Broadcasting Tribunal* (1990), 93 A.L.R. 435 (H.C.); and *United States v. Will*, 449 U.S. 200 (1980). It was implicitly relied upon by this Court in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, in which we considered the constitutionality of provisions requiring federally appointed judges, including the judges of this Court, to contribute part of their salaries toward the cost of pensions.

6 This doctrine is explained by *Halsbury’s Laws of England* (4th ed. 1989), vol. 1(1), at para. 93, as follows:

If all members of the only tribunal competent to determine a matter are subject to disqualification, they may be authorised and obliged to hear and determine that matter by virtue of the operation of the common law doctrine of necessity.

Like the more general doctrine of necessity considered in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this exception finds its source in the rule of law. As observed by de Smith, Woolf and Jowell in *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at p. 544:

A person who is subject to disqualification [by reason of bias] at common law may be required to decide the matter if there is no other competent tribunal or if a quo-

d’avoir un juge qui n’est ni indépendant ni impartial plutôt que de ne pas avoir de juge du tout.

Cette exception, habituellement appelée «doctrine de la nécessité» ou «règle de la nécessité», s’est développée parallèlement à la règle générale de l’incapacité. La première décision publiée dans laquelle ce principe a été appliqué semble être une affaire décidée en 1430, dans laquelle on a statué que les juges des plaids communs n’étaient pas inhabiles à juger une action intentée contre l’ensemble de ces juges, puisqu’il n’y avait pas d’autre tribunal pouvant être saisi de l’affaire: *Year Book*, 8 Hen. 6, 19b; 2 *Rolle’s Abridgment* (1668), à la p. 93. Cette règle a été appliquée par les plus hauts tribunaux de plusieurs pays de common law; voir, par exemple, *Dimes c. Grand Junction Canal (Proprietors of)* (1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301; *Laws c. Australian Broadcasting Tribunal* (1990), 93 A.L.R. 435 (H.C.); et *United States c. Will*, 449 U.S. 200 (1980). Notre Cour s’est fondée implicitement sur cette règle dans l’arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, où nous avons examiné la constitutionnalité de dispositions exigeant que les juges nommés par le gouvernement fédéral, y compris les juges de notre Cour, contribuent une partie de leur traitement au paiement du coût des pensions.

Voici comment cette doctrine est expliquée dans *Halsbury’s Laws of England* (4^e éd. 1989), vol. 1(1), au par. 93:

[TRADUCTION] Si tous les juges du seul tribunal compétent pour trancher une affaire sont susceptibles d’être frappés d’incapacité, ils peuvent néanmoins être autorisés à entendre et à trancher cette affaire — et même contraints de le faire — par l’application de la doctrine de la nécessité qui existe en common law.

Tout comme la variante plus générale de cette doctrine qui a été examinée dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, cette exception trouve sa source dans le principe de la primauté du droit. Comme l’ont souligné de Smith, Woolf et Jowell dans *Judicial Review of Administrative Action* (5^e éd. 1995), à la p. 544:

[TRADUCTION] Une personne susceptible d’être frappée d’incapacité [pour cause de partialité] en common law peut néanmoins être tenue de trancher l’affaire s’il

rum cannot be formed without him. Here the doctrine of necessity is applied to prevent a failure of justice.

After an exhaustive analysis of cases applying the necessity exception to judicial disqualification, R. R. S. Tracey describes the scope of the rule as follows (“Disqualified Adjudicators: The Doctrine of Necessity in Public Law”, [1982] *Public Law* 628, at p. 641):

The doctrine will operate when the only adjudicator with jurisdiction is disqualified or, in multi-member tribunals, where a quorum cannot be found because of disqualification, provided that the cause of the disqualification is involuntary. It will not operate when the cause is voluntary, except in the rare case in which the disqualified adjudicator is the only person with power to perform a formal act which must be performed if the course of justice is to continue.

We would add to this definition the two provisos noted by the High Court of Australia in *Laws v. Australian Broadcasting Tribunal, supra*, at p. 454:

... the rule of necessity is, in an appropriate case, applicable to a statutory administrative tribunal, as it is to a court, to prevent a failure of justice or a frustration of statutory provisions. That rule operates to qualify the effect of what would otherwise be actual or ostensible disqualifying bias so as to enable the discharge of public functions in circumstances where, but for its operation, the discharge of those functions would be frustrated with consequent public or private detriment. There are, however, two prima facie qualifications of the rule. First, the rule will not apply in circumstances where its application would involve positive and substantial injustice since it cannot be presumed that the policy of either the legislature or the law is that the rule of necessity should represent an instrument of such injustice. Secondly, when the rule does apply, it applies only to the extent that necessity justifies. [Emphasis added.]

These two limitations make clear that the doctrine should not be applied mechanically. To do so

n’y a pas d’autre tribunal compétent ou si le quorum ne peut être atteint sans elle. Dans un tel cas, la doctrine de la nécessité s’applique pour éviter qu’il y ait absence de justice.

Au terme d’une analyse exhaustive des affaires où l’exception fondée sur la nécessité a été appliquée à des cas d’inhabilité en matière judiciaire, R. R. S. Tracey décrit ainsi la portée de la règle («Disqualified Adjudicators: The Doctrine of Necessity in Public Law», [1982] *Public Law* 628, à la p. 641):

[TRADUCTION] La doctrine s’appliquera lorsque le seul juge à avoir compétence est inhabile ou, dans le cas des tribunaux constitués de plusieurs membres, lorsque le quorum ne peut pas être atteint pour raison d’inhabilité, pourvu que la cause de cette inhabilité soit involontaire. Elle ne s’appliquera pas lorsque la cause de l’inhabilité est volontaire, sauf dans les rares cas où le juge inhabile est la seule personne ayant le pouvoir d’accomplir un acte officiel qui doit être accompli pour que la justice suive son cours.

Nous sommes d’avis d’ajouter à cette définition les deux réserves mentionnées par la Haute Cour d’Australie dans l’arrêt *Laws c. Australian Broadcasting Tribunal*, précité, à la p. 454:

[TRADUCTION] ... dans les cas qui s’y prêtent, la règle de la nécessité s’applique tout autant aux tribunaux administratifs créés par la loi qu’aux cours de justice, en vue d’éviter qu’une absence de justice se produise ou que l’application de dispositions législatives soit contrecarrée. Cette règle s’applique pour atténuer l’effet d’une situation qui, autrement, constituerait une partialité réelle ou apparente entraînant l’inhabilité, de façon à permettre l’exécution de fonctions publiques dans des circonstances où, si ce n’était son application, l’exécution de ces fonctions serait contrecarrée, au détriment d’intérêts publics ou privés. Toutefois, cette règle est assortie de deux réserves prima facie. Premièrement, la règle ne s’applique pas dans les cas où elle entraînerait une injustice concrète et substantielle, puisqu’on ne saurait présumer que le législateur ou le droit entendent que la règle de la nécessité serve d’instrument d’injustice. Deuxièmement, lorsque la règle est effectivement appliquée, elle ne l’est que dans la mesure justifiée par la nécessité. [Je souligne.]

Ces deux limitations indiquent clairement que la doctrine ne devrait pas être appliquée machinale-

would gravely undermine the guarantee of an impartial and independent tribunal provided by s. 11(d) of the *Charter*. The doctrine of necessity is unfair in the same way that *res judicata* causes unfairness; both doctrines preserve the effects of an unconstitutional law. While the *Charter* has done much to improve the fairness of the administration of criminal law, it cannot guarantee complete fairness in all matters at all costs. Like *res judicata*, the doctrine of necessity recognizes the importance of finality and continuity in the administration of justice and sanctions a limited degree of unfairness toward the individual accused. Given this adverse effect, it should be applied rarely, and with great circumspection.

ment. Le faire porterait gravement atteinte au droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant que garantit l'al. 11d) de la *Charte*. La doctrine de la nécessité est injuste de la même manière que le principe de l'autorité de la chose jugée cause de l'injustice; les deux maintiennent les effets de règles de droit inconstitutionnelles. Bien que la *Charte* ait beaucoup contribué à renforcer l'équité dans l'administration du droit criminel, elle ne peut garantir l'équité totale en toutes matières et à n'importe quel prix. Tout comme le principe de l'autorité de la chose jugée, la doctrine de la nécessité tient compte de l'importance des notions de finalité et de continuité dans l'administration de la justice et autorise un degré limité d'iniquité envers les accusés. Compte tenu de cet effet préjudiciable, elle ne devrait être appliquée que rarement et avec énormément de circumspection.

8 As this rule applies to the situation at hand, absent a demonstration of positive and substantial injustice in the circumstances of a particular case, the doctrine of necessity will prevent the reopening of past decisions of the Provincial Courts of Alberta, Manitoba and Prince Edward Island by reason only of their lack of independence as found by this Court in our judgment of September 18, 1997. The judges who heard those cases were obliged to do so, either because the charge fell within the absolute jurisdiction of the provincial court under s. 553 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, or because the accused elected trial by provincial court judge under s. 554(1), an election that belongs to the accused, not to the judge. All members of the provincial courts, through no fault of their own, were found not to be independent as a result of the actions of their governments. It would have been contrary to public policy to refuse to hear criminal cases in these circumstances. Therefore, the doctrine of necessity applies, rendering these decisions valid, and there is no need to grant the declaratory relief sought by the Attorneys General of Alberta, Manitoba and Prince Edward Island.

Comme cette règle s'applique à la situation en litige, en l'absence de démonstration d'une injustice concrète et substantielle dans les circonstances particulières d'un cas donné, la doctrine de la nécessité aura pour effet d'empêcher le réexamen des décisions passées des cours provinciales de l'Alberta, du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard sur le seul fondement de l'absence d'indépendance de ces tribunaux qu'a constatée notre Cour dans son jugement du 18 septembre 1997. Les juges qui ont entendu les affaires concernées étaient tenus de le faire, soit parce que les accusations relevaient de la compétence absolue de la cour provinciale en vertu de l'art. 553 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, soit parce que les accusés avaient choisi d'être jugés par un juge de cour provinciale en vertu du par. 554(1), choix qui appartient à l'accusé et non au juge. Il a été jugé que tous les juges des cours provinciales, sans aucune faute de leur part, avaient perdu leur indépendance par suite des mesures prises par leur gouvernement respectif. Il aurait été contraire à l'intérêt public de refuser d'entendre des affaires criminelles dans ces circonstances. Par conséquent, la doctrine de la nécessité s'applique et valide leurs décisions, et il n'est pas nécessaire d'accorder le jugement déclaratoire demandé par les procureurs généraux de l'Alberta, du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard.

B. Prince Edward Island: The Advisory Nature of Answers to Reference Questions

In the case of Prince Edward Island, there is an additional reason for refusing this declaration and all other orders sought by the provincial Attorney General on this rehearing. The issue of the independence of the judges of the Provincial Court of Prince Edward Island came to this Court in the form of two references. In this context the Court has no jurisdiction to make the orders requested. My reasons of September 18, 1997, set out the answers of the majority of this Court to the questions posed in two references made to the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division, and appealed to this Court. Those answers constitute an advisory opinion and not a judgment. As I said in *Reference re Public Schools Act (Man.)*, S. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at p. 863:

Although all parties agree that *The Public Schools Act* violates s. 23 of the *Charter*, this appeal came to this Court by way of a constitutional reference. This Court, therefore, has jurisdiction to answer the questions referred to it, but not to declare the impugned statute of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

See also *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (P.C.).

The only case in which this Court issued a binding declaration in response to a reference was *Reference re Manitoba Language Rights*, *supra*. The circumstances of that case were exceptional, and are not analogous to the references at bar. In the Prince Edward Island references, the fact that this Court's opinion is only advisory does not leave the parties without a remedy. They can seek a declaration from the Prince Edward Island Supreme Court, and this Court's opinion will be of highly persuasive weight. In contrast, in the *Reference re Manitoba Language Rights* there was a risk that there would be no other properly constituted court that could order a declaration of temporary valid-

B. Île-du-Prince-Édouard: le caractère consultatif des réponses aux questions posées dans les renvois

Dans le cas de l'Île-du-Prince-Édouard, il y a une raison supplémentaire de refuser le jugement déclaratoire ainsi que toutes les autres ordonnances demandées par le procureur général de cette province lors de la nouvelle audition. Notre Cour a été saisie de la question de l'indépendance des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard dans le cadre de deux renvois. Dans ce contexte, elle n'a pas compétence pour rendre les ordonnances demandées. Mes motifs du 18 septembre 1997 ont exposé les réponses de la majorité de la Cour aux questions posées dans deux renvois qui ont été présentés à la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard et portés en appel devant notre Cour. Ces réponses constituent un avis consultatif et non un jugement. Comme je l'ai dit dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, à la p. 863:

Bien que toutes les parties soient d'avis que la *Loi sur les écoles publiques* viole l'art. 23 de la *Charte*, le présent pourvoi nous a été soumis sous forme de renvoi constitutionnel. Notre Cour a en conséquence le pouvoir de répondre aux questions soumises, mais non de déclarer la loi attaquée inopérante en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Voir également l'arrêt *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (C.P.).

La seule affaire dans laquelle notre Cour a prononcé une déclaration contraignante en réponse à un renvoi a été le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité. Les circonstances de cette affaire étaient exceptionnelles et ne présentent aucune analogie avec les renvois en cause. Dans les renvois de l'Île-du-Prince-Édouard, le fait que l'avis de notre Cour ait uniquement un caractère consultatif ne laisse toutefois pas les parties sans recours. En effet, elles peuvent demander une déclaration à la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, et l'avis de notre Cour aura une valeur éminemment persuasive. À l'opposé, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, il

ity. This Court's decision that all unilingual acts of the Legislature of Manitoba, which encompassed virtually every statute passed since 1890, were unconstitutional created a potential legal vacuum. Any court whose constituting statute was passed in English only was abolished. The composition of the Manitoba Legislature was also potentially invalid. The rule of law gave this Court constitutional authority to provide a binding remedy in this unique situation. There is nothing in this case that creates the same degree of necessity.

11 Therefore, this Court cannot grant the specific relief requested. However, this Court's decision on the legal issues that arose in the original hearing of the Manitoba and Alberta appeals and in this rehearing (e.g., the application of the doctrine of necessity) is binding on the courts of Prince Edward Island, and indeed, on all other courts in Canada. Moreover, as explained below, the transition period ordered by this Court will apply throughout Canada.

C. Request by the Manitoba Appellants: Costs

12 The appellants requested that the order as to costs be varied, such that costs be awarded to the appellants on a solicitor and client basis. This motion is dismissed.

D. Additional Orders Requested by Alberta

13 In addition to requesting a declaration validating past Provincial Court decisions, the Attorney General for Alberta sought two additional orders on this rehearing:

1. An order declaring that the salary levels of judges of the Provincial Court of Alberta are as set out:

existait un risque qu'aucun autre tribunal valablement constitué ne soit en mesure de prononcer une déclaration de validité temporaire. L'arrêt de notre Cour déclarant inconstitutionnelles toutes les lois unilingues de l'Assemblée législative du Manitoba — qui comprenaient pratiquement toutes les lois adoptées depuis 1890 — avait eu pour effet de créer un vide juridique potentiel. Tout tribunal dont la loi constitutive avait été adoptée en anglais seulement était aboli. La composition même de l'Assemblée législative du Manitoba était également potentiellement invalide. Le principe de la primauté du droit conférait à notre Cour le pouvoir constitutionnel d'accorder une réparation contraignante dans cette situation exceptionnelle. Rien dans la présente affaire ne crée une telle nécessité.

Par conséquent, notre Cour ne peut pas accorder la réparation précise demandée. Cependant, la décision de notre Cour sur les questions de droit qui se sont soulevées au cours de l'audition initiale des pourvois du Manitoba et de l'Alberta ainsi qu'au cours de la nouvelle audition (par exemple l'application de la doctrine de la nécessité) lie les tribunaux de l'Île-du-Prince-Édouard et, de fait, tous les autres tribunaux du Canada. De plus, comme je l'expliquerai plus loin, la période de transition ordonnée par notre Cour s'appliquera partout au Canada.

C. La demande présentée par les appelants dans l'affaire du Manitoba: les dépens

Les appelants ont demandé que l'ordonnance relative aux dépens soit modifiée, de sorte que des dépens soient accordés aux appelants sur la base procureur-client. Cette requête est rejetée.

D. Les ordonnances supplémentaires demandées par l'Alberta

En plus de demander une déclaration validant les décisions passées de la Cour provinciale, le procureur général de l'Alberta a sollicité deux ordonnances supplémentaires au cours de la nouvelle audition:

1. Une ordonnance déclarant que les niveaux de traitement des juges de la Cour provinciale de l'Alberta sont ceux fixés:

- (a) in the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 171/91, or
- (b) in the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94.
2. (a) An order declaring that s. 17(1) of the *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, c. P-20.1, and the regulations made thereunder, namely:
- (i) the *Payment to Provincial Judges Regulation*, Alta. Reg. 27/80, as amended up to and including either
- (A) the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 171/91, or
- (B) the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94;
- and
- (ii) the *Provincial Judges and Masters in Chambers Pension Plan Regulation*, Alta. Reg. 265/88, as amended up to and including Alta. Reg. 29/92,
- which provision and regulations would currently be in force were it not for constitutional defect, are deemed to have temporary validity and force and effect for a period of one year following the date of the judgment.

OR

- (b) An order
- (i) suspending the declaration of invalidity of s. 17(1); or
- (ii) deeming it temporarily valid

and

deeming the Provincial Court of Alberta and its members to be a constitutionally independent tribunal despite the financial remuneration of the members having been set without recourse to a judicial compensation committee, for a period of one year.

- a) dans le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 171/91; ou
- b) dans le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94.
2. a) Une ordonnance déclarant que le par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, ch. P-20.1, et ses règlements d'application, c'est-à-dire:
- (i) le *Payment to Provincial Judges Regulation*, Alta. Reg. 27/80, et ses modifications, y compris:
- (A) le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 171/91, ou
- (B) le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94,
- et
- (ii) le *Provincial Judges and Masters in Chambers Pension Plan Regulation*, Alta. Reg. 265/88, et ses modifications, y compris le règlement Alta. Reg. 29/92,
- disposition et règlements qui seraient actuellement en vigueur si ce n'était la lacune constitutionnelle dont ils souffrent, sont censés être temporairement valides et opérants pendant une période d'un an à compter de la date du jugement.

OU

- b) Une ordonnance:
- (i) portant suspension la déclaration d'invalidité du par. 17(1), ou
- (ii) portant que cette disposition est censée temporairement valide

et

que la Cour provinciale de l'Alberta et ses juges sont censés former un tribunal indépendant au sens de la Constitution, même si la rémunération des juges a été fixée sans recourir à un comité chargé de la rémunération des juges, pendant une période d'un an.

14

It is unnecessary to grant the first order. The Court's decision that the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, is unconstitutional has the effect of reviving the prior salary regulation, which was the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 171/91. However, this incidental reactivation of Alta. Reg. 171/91 should not be taken as a decision by this Court that the earlier regulation was valid. The constitutionality of that regulation was not in issue in the *Provincial Court Judges Case*. Therefore, we prefer to deal with the question of which regulation is currently in force in Alberta in our decision on the second order requested.

15

The second order set out above was requested for two reasons. The first was to clarify the orders made after the original hearing. There was some confusion as to whether the suspension ordered in that judgment related to the declaration of invalidity of s. 17(1) of the *Provincial Court Judges Act* or the declaration of invalidity of Alta. Reg. 116/94. Our intention was to suspend the declaration of invalidity relating to s. 17(1) of the statute, not the declaration in respect of the unconstitutional regulation. Therefore, the September 18, 1997 judgment is varied to reflect that intention. This Court declares s. 17(1) of the *Provincial Court Judges Act* to be unconstitutional; however, given the institutional burdens that must be met by Alberta, we suspend this declaration of invalidity for a period of one year. The *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, is also of no force or effect; that declaration takes effect retroactively as of September 18, 1997.

16

The second reason given by Alberta for requesting the second order set out above was to ensure that the Provincial Court can continue to function while the government is going through the judicial remuneration review process required by the origi-

Il n'est pas nécessaire d'accorder la première ordonnance demandée. La décision de la Cour selon laquelle le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, est inconstitutionnel a pour effet de faire revivre l'ancien règlement sur la rémunération, le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 171/91. Cependant, ce rétablissement, par voie de conséquence, de l'Alta. Reg. 171/91 ne devrait pas être considéré comme une décision de notre Cour que cet ancien règlement était valide. La constitutionnalité de ce règlement n'était pas en litige dans l'*Affaire des juges des cours provinciales*. Par conséquent, nous préférons aborder la question de savoir quel est le règlement actuellement en vigueur en Alberta dans notre décision concernant la deuxième ordonnance demandée.

La deuxième ordonnance demandée, dont le texte a été reproduit précédemment, a été sollicitée pour deux raisons. La première raison était de faire préciser les ordonnances rendues après l'audition initiale de l'affaire. Il régnait une certaine confusion relativement à la question de savoir si la suspension ordonnée dans le jugement initial visait la déclaration d'invalidité du par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act* ou la déclaration d'invalidité du règlement Alta. Reg. 116/94. Notre intention était de suspendre la déclaration d'invalidité visant le par. 17(1) de la Loi, et non la déclaration visant le règlement inconstitutionnel. Par conséquent, le jugement du 18 septembre 1997 est modifié de manière à refléter cette intention. Notre Cour déclare inconstitutionnel le par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act*. Toutefois, compte tenu du fardeau institutionnel auquel doit faire face l'Alberta, nous suspendons pour un an cette déclaration d'invalidité. Le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, est également inopérant, et cette déclaration produit ses effets rétroactivement depuis le 18 septembre 1997.

La seconde raison invoquée par l'Alberta pour solliciter la deuxième ordonnance demandée, dont le texte est lui aussi reproduit précédemment, était de faire en sorte que la Cour provinciale puisse continuer à fonctionner pendant que le gouverne-

nal judgment. The suspension of the requirement for an independent, objective and effective process where judicial remuneration is changed or frozen, which is described below, will ensure that this concern is met. It is therefore unnecessary to grant the relief requested.

E. Transition Period

The Attorneys General of Alberta and Prince Edward Island, as well as several of the interveners, have asked for a further remedy to ensure that courts that are not currently independent can continue to function while governments are going through the judicial remuneration review process required by this Court's September 18, 1997 judgment. That process, by its very nature, will require a considerable amount of time to complete. Some provinces, such as Alberta and Prince Edward Island, have never had a judicial compensation commission, so they need time to establish one. In addition, although not required by s. 11(d), we recommended that the independent body charged with setting or recommending the level of judicial remuneration ensure that it is fully informed before deliberating and making its recommendations (*Provincial Court Judges Case, supra*, at para. 173). Time is also needed to permit the legislature to respond to the commission's recommendations.

Therefore, to allow governments time to comply with the constitutional requirements mandated by our September 18, 1997 decision, and to ensure that the orderly administration of justice is not disrupted in the interim, the Court has decided to suspend all aspects of the requirement for an independent, objective and effective process for setting judicial remuneration, including any reimbursement for past salary reductions, for one year from the date of the original judgment. That is, there will be a transition period of one year before that requirement takes effect. As of September 18,

ment s'affaire au processus d'examen de la rémunération des juges requis par le jugement initial. La suspension de l'exigence relative au recours à un processus indépendant, objectif et efficace en cas de modification ou de blocage de la rémunération des juges, processus décrit ci-dessous, permettra de répondre à cette préoccupation. Il n'est donc pas nécessaire d'accorder la réparation demandée.

E. La période de transition

Les procureurs généraux de l'Alberta et de l'Île-du-Prince-Édouard ainsi que plusieurs des intervenants ont demandé une réparation supplémentaire pour faire en sorte que les tribunaux qui ne sont pas indépendants actuellement puissent continuer de fonctionner pendant que les gouvernements s'affairent au processus d'examen de la rémunération des juges requis par le jugement rendu par notre Cour le 18 septembre 1997. En raison de la nature même de ce processus, il faudra un temps considérable pour le compléter. Comme certaines provinces, telles l'Alberta et l'Île-du-Prince-Édouard, n'ont jamais eu de commission chargée de la rémunération des juges, elles ont besoin de temps pour constituer une telle commission. En outre, même si cela n'est pas requis par l'al. 11d), nous avons recommandé que l'organisme indépendant chargé de fixer ou de recommander le niveau de la rémunération des juges s'assure qu'il est bien informé avant de tenir ses délibérations et de faire ses recommandations (*l'Affaire des juges des cours provinciales, précitée*, au par. 173). Les assemblées législatives auront également besoin de temps pour répondre aux recommandations de la commission.

En conséquence, afin de donner aux gouvernements le temps de se conformer aux exigences constitutionnelles prescrites par notre jugement du 18 septembre 1997 et de faire en sorte que la bonne administration de la justice ne soit pas perturbée dans l'intervalle, la Cour a décidé de suspendre tous les aspects de l'exigence concernant le processus indépendant, objectif et efficace de détermination de la rémunération des juges, y compris tout remboursement pour réduction antérieure de traitement, pendant une année à compter de la date du jugement initial. Autrement dit, il y

17

18

1998, the judicial compensation commission requirement will apply prospectively.

19 In provinces where less than a year is needed to go through the judicial remuneration review process mandated by s. 11(d), this suspension should not be viewed as a license to delay compliance with the constitutional imperatives set out in the *Provincial Court Judges Case*. The suspension is for the benefit of those jurisdictions that have not yet had sufficient time to remedy constitutional defects in legislation affecting judicial independence. Those provinces that were already honouring the guarantee of an independent tribunal provided by s. 11(d) of the *Charter*, and those that acted promptly to correct any deficiencies revealed by this Court's clarification of the content of the s. 11(d) guarantee, are to be commended.

20 I note that the prospectiveness of the judicial compensation requirement does not change the retroactivity of the declarations of invalidity made in this case (e.g., the declarations respecting Alta. Reg. 116/94 and Manitoba's Bill 22 (*Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act*, S.M. 1993, c. 21)). In the rare cases in which this Court makes a prospective ruling, it has always allowed the party bringing the case to take advantage of the finding of unconstitutionality: see, e.g., *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 117.

21 The Court will remain seized of this matter until the end of the suspension period, and the parties or any interveners may apply to the Court for further directions as needed during the suspension.

aura une période de transition d'un an avant l'entrée en vigueur de cette exigence. Le 18 septembre 1998, l'exigence relative à la commission de la rémunération des juges s'appliquera pour l'avenir.

Dans les provinces où il faudra moins d'un an pour appliquer le processus d'examen de la rémunération des juges prescrit par l'al. 11d), cette suspension ne devrait pas être considérée comme une autorisation de retarder l'observation des impératifs constitutionnels exposés dans l'*Affaire des juges des cours provinciales*. La suspension est accordée pour le bénéfice des provinces qui n'ont pas encore eu suffisamment de temps pour corriger les lacunes constitutionnelles de leurs textes de loi ayant une incidence sur l'indépendance de la magistrature. Quant aux provinces qui respectaient déjà le droit d'être jugé par un tribunal indépendant garanti à l'al. 11d) de la *Charte* et à celles qui ont agi promptement pour corriger les lacunes révélées par les précisions données par notre Cour au sujet du contenu de la garantie prévue à l'al. 11d), il convient de les féliciter.

Je souligne que le caractère prospectif de l'exigence relative à la rémunération des juges ne modifie pas la rétroactivité des déclarations d'invalidité prononcées dans la présente affaire (par exemple les déclarations concernant l'Alta. Reg. 116/94 et le projet de loi 22 du Manitoba (*Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public*, L.M. 1993, ch. 21)). Dans les rares cas où notre Cour a rendu une décision applicable pour l'avenir, elle a toujours permis à la partie qui a porté l'affaire devant le tribunal de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité: voir, par exemple, *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 117.

La Cour restera saisie de l'affaire jusqu'à la fin de la période de suspension, et, au besoin, les parties et tout intervenant pourront demander à la Cour des directives supplémentaires pendant cette période.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants in the P.E.I. references: Peter C. Ghiz, Charlottetown.

Solicitors for the respondent in the P.E.I. references: Stewart McKelvey Stirling, Charlottetown.

Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen: The Department of Justice, Edmonton.

Solicitors for the respondents Campbell and Ekmecic: Legge & Muszynski, Calgary.

Solicitors for the respondent Wickman: Gunn & Prithipaul, Edmonton.

Solicitors for the appellants the Judges of the Provincial Court of Manitoba: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.

Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen in right of Manitoba: Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: George Thomson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Judges Conference: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Conférence des juges du Québec: Langlois Gaudreau, Montréal.

Solicitors for the intervener the Alberta Provincial Judges' Association: Bennett Jones Verchere, Calgary.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants dans les renvois de l'Île-du-Prince-Édouard: Peter C. Ghiz, Charlottetown.

Procureurs de l'intimé dans les renvois de l'Île-du-Prince-Édouard: Stewart McKelvey Stirling, Charlottetown.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine: Le ministère de la Justice, Edmonton.

Procureurs des intimés Campbell et Ekmecic: Legge & Muszynski, Calgary.

Procureurs de l'intimé Wickman: Gunn & Prithipaul, Edmonton.

Procureurs des appelants les juges de la Cour provinciale du Manitoba: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Manitoba: Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: George Thomson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges de cours provinciales: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante la Conférence canadienne des juges: Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Conférence des juges du Québec: Langlois Gaudreau, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Alberta Provincial Judges' Association: Bennett Jones Verchere, Calgary.

Robert J. Dowling *Appellant*

v.

City of Halifax *Respondent*

INDEXED AS: DOWLING v. HALIFAX (CITY)

File No.: 25493.

1998: January 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Labour law — Wrongful dismissal — Near cause doctrine — Arguments related to doctrine not accepted.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1996), 152 N.S.R. (2d) 18, 442 A.P.R. 18, 136 D.L.R. (4th) 352, 20 C.C.E.L. (2d) 159, [1996] N.S.J. No. 244 (QL), dismissing an appeal from a judgment of Boudreau J. (1995), 147 N.S.R. (2d) 43, 426 A.P.R. 43, 15 C.C.E.L. (2d) 299, [1995] N.S.J. No. 523 (QL), allowing an action for damages for wrongful dismissal. Appeal allowed.

Eric K. Slone and Andrew J. Munro, for the appellant.

Mary Ellen Donovan and Joel E. Fichaud, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ CORY J. — The appeal is allowed with costs to the appellant in this Court and in the Nova Scotia Court of Appeal.

² The judgment of the Court of Appeal is set aside and the matter is remitted to the Nova Scotia Supreme Court to determine the reasonable notice which should have been given to the appellant for

Robert J. Dowling *Appellant*

c.

Ville de Halifax *Intimée*

RÉPERTORIÉ: DOWLING c. HALIFAX (VILLE)

N° du greffe: 25493.

1998: 20 janvier.

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

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

Droit du travail — Congédiement injustifié — Règle de la pertinence de l'existence d'un motif insuffisant — Rejet des arguments relatifs à cette règle.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1996), 152 N.S.R. (2d) 18, 442 A.P.R. 18, 136 D.L.R. (4th) 352, 20 C.C.E.L. (2d) 159, [1996] N.S.J. No. 244 (QL), qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Boudreau (1995), 147 N.S.R. (2d) 43, 426 A.P.R. 43, 15 C.C.E.L. (2d) 299, [1995] N.S.J. No. 523 (QL), qui avait accueilli une action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Pourvoi accueilli.

Eric K. Slone et Andrew J. Munro, pour l'appellant.

Mary Ellen Donovan et Joel E. Fichaud, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Le pourvoi est accueilli avec dépens en faveur de l'appellant devant notre Cour et la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse.

L'arrêt de la Cour d'appel est annulé et l'affaire est renvoyée devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour qu'elle détermine le préavis raisonnable qui aurait dû être donné à l'appellant rela-

wrongful dismissal. We do not accept any argument relating to near cause.

This disposition is without prejudice to the respondent's bringing any separate action to address any claims it may have against the appellant apart from reducing the period of reasonable notice owing to the appellant.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Slone & Munro, Halifax.

Solicitor for the respondent: Halifax Regional Municipality Legal Services, Halifax.

tivement à son congédiement injustifié. Nous n'acceptons pas que l'existence de quelque motif insuffisant soit pertinente.

La présente décision est sans préjudice à tout recours distinct que l'intimée pourrait exercer au sujet de toute réclamation qu'elle pourrait faire valoir contre l'appelant, sauf quant à la réduction du préavis raisonnable auquel celui-ci a droit.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Slone & Munro, Halifax.

Procureur de l'intimée: Halifax Regional Municipality Legal Services, Halifax.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Joseph Clifford Poirier *Respondent*

INDEXED AS: R. v. POIRIER

File No.: 25886.

1998: January 22.

Present: Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND
SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Criminal law — Evidence — Trial judge taking into account all evidence presented at trial — Accused's acquittal upheld.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 195, [1997] P.E.I.J. No. 18 (QL), dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of aggravated assault and committing an offence while masked. Appeal dismissed.

Valerie A. Moore, for the appellant.

R. Scott Peacock, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ CORY J. — We agree with the conclusions reached by the majority of the Court of Appeal.

² Mr. Justice Ghiz, the trial judge, took into account all the evidence presented and specifically stated that he had done so. Based on that evidence, he concluded that he was not satisfied beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused. He made no error of law in reaching this conclusion.

³ This Crown appeal as of right must therefore be dismissed.

Judgment accordingly.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Joseph Clifford Poirier *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. POIRIER

N° du greffe: 25886.

1998: 22 janvier.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ÎLE-DU-
PRINCE-ÉDOUARD, SECTION D'APPEL

Droit criminel — Preuve — Juge du procès prenant en considération toute la preuve produite au procès — Confirmation de l'acquiescement de l'accusé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section d'appel (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 195, [1997] P.E.I.J. No. 18 (QL), qui a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à des accusations de voies de fait graves et de perpétration d'une infraction en ayant le visage couvert d'un masque. Pourvoi rejeté.

Valerie A. Moore, pour l'appelante.

R. Scott Peacock, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Nous souscrivons aux conclusions de la Cour d'appel à la majorité.

Le juge Ghiz, juge du procès, a pris en considération toute la preuve produite et a précisé l'avoir fait. Compte tenu de cette preuve, il a conclu qu'il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. Il n'a commis aucune erreur de droit en tirant cette conclusion.

Le pourvoi de plein droit du ministère public doit donc être rejeté.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: The Crown Attorney's Office, Charlottetown.

Procureur de l'appelante: Le Bureau du substitut du procureur général, Charlottetown.

Solicitor for the respondent: Key & McKnight, Summerside.

Procureur de l'intimé: Key & McKnight, Summerside.

Stephen David Taylor *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TAYLOR

File No.: 25857.

1998: January 22.

Present: Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Interception of private communications — Trial judge excluding evidence obtained by electronic surveillance — Court of Appeal correctly ruling that trial judge erred in finding that interception was unlawful because it was prohibited by judicial authorization.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 86 B.C.A.C. 224, 142 W.A.C. 224, [1997] B.C.J. No. 346 (QL), allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Dennis T. R. Murray, Q.C., for the appellant.

Robert A. Mulligan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ BASTARACHE J. — We agree substantially with the reasons of Madam Justice Huddart in the British Columbia Court of Appeal. Accordingly, this appeal as of right is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Dennis T. R. Murray, Victoria.

Solicitor for the respondent: The Office of Crown Counsel, Victoria.

Stephen David Taylor *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. TAYLOR

N° du greffe: 25857.

1998: 22 janvier.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

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

Droit criminel — Preuve — Interception de communications privées — Juge du procès écartant la preuve obtenue par écoute électronique — Cour d'appel statuant à bon droit que le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'interception était illégale parce qu'elle était interdite par l'autorisation judiciaire.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 86 B.C.A.C. 224, 142 W.A.C. 224, [1997] B.C.J. No. 346 (QL), qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Dennis T. R. Murray, c.r., pour l'appellant.

Robert A. Mulligan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE BASTARACHE — Nous souscrivons, pour l'essentiel, aux motifs de Madame le juge Huddart de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. En conséquence, le présent appel de plein droit est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant: Dennis T. R. Murray, Victoria.

Procureur de l'intimée: Le Bureau du substitut du procureur général, Victoria.

Philippe Adrien, Emilia Berardi, Paul Creador, Lorenzo Abel Vasquez and Lindy Wagner on their own behalf and on behalf of the other former employees of Rizzo & Rizzo Shoes Limited *Appellants*

v.

Zittreer, Siblin & Associates, Inc., Trustees in Bankruptcy of the Estate of Rizzo & Rizzo Shoes Limited *Respondent*

and

The Ministry of Labour for the Province of Ontario, Employment Standards Branch *Party*

INDEXED AS: RIZZO & RIZZO SHOES LTD. (RE)

File No.: 24711.

1997: October 16; 1998: January 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Employment law — Bankruptcy — Termination pay and severance available when employment terminated by the employer — Whether bankruptcy can be said to be termination by the employer — Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137, ss. 7(5), 40(1), (7), 40a — Employment Standards Amendment Act, 1981, S.O. 1981, c. 22, s. 2(3) — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 121(1) — Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. 1.11, ss. 10, 17.

A bankrupt firm's employees lost their jobs when a receiving order was made with respect to the firm's property. All wages, salaries, commissions and vacation pay were paid to the date of the receiving order. The province's Ministry of Labour audited the firm's records to determine if any outstanding termination or severance pay was owing to former employees under the *Employment Standards Act* ("ESA") and delivered a proof of claim to the Trustee. The Trustee disallowed the claims on the ground that the bankruptcy of an employer does not constitute dismissal from employment and accordingly creates no entitlement to sever-

Philippe Adrien, Emilia Berardi, Paul Creador, Lorenzo Abel Vasquez et Lindy Wagner en leur propre nom et en celui des autres anciens employés de Rizzo & Rizzo Shoes Limited *Appellants*

c.

Zittreer, Siblin & Associates, Inc., syndic de faillite de Rizzo & Rizzo Shoes Limited *Intimée*

et

Le ministère du Travail de la province d'Ontario, Direction des normes d'emploi *Partie*

RÉPERTORIÉ: RIZZO & RIZZO SHOES LTD. (RE)

N° du greffe: 24711.

1997: 16 octobre; 1998: 22 janvier.

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

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

Employeur et employé — Faillite — Indemnités de licenciement et de cessation d'emploi payables en cas de licenciement par l'employeur — Faillite peut-elle être assimilée au licenciement par l'employeur? — Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137, art. 7(5), 40(1), (7), 40a — Employment Standards Amendment Act, 1981, L.O. 1981, ch. 22, art. 2(3) — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 121(1) — Loi d'interprétation, L.R.O. 1990, ch. 1.11, art. 10, 17.

Les employés d'une entreprise en faillite ont perdu leur emploi lorsqu'une ordonnance de séquestre a été rendue à l'égard des biens de l'entreprise. Tous les salaires, les traitements, toutes les commissions et les paies de vacances ont été versés jusqu'à la date de l'ordonnance de séquestre. Le ministère du Travail de la province a vérifié les dossiers de l'entreprise pour déterminer si des indemnités de licenciement ou de cessation d'emploi devaient encore être versées aux anciens employés en application de la *Loi sur les normes d'emploi* (la «LNE») et il a remis une preuve de réclamation au syndic. Ce dernier a rejeté les réclamations pour le

ance, termination or vacation pay under the *ESA*. The Ministry successfully appealed to the Ontario Court (General Division) but the Ontario Court of Appeal overturned that court's ruling and restored the Trustee's decision. The Ministry sought leave to appeal from the Court of Appeal judgment but discontinued its application. Following the discontinuance of the appeal, the Trustee paid a dividend to Rizzo's creditors, thereby leaving significantly less funds in the estate. Subsequently, the appellants, five former employees of Rizzo, moved to set aside the discontinuance, add themselves as parties to the proceedings, and requested and were granted an order granting them leave to appeal. At issue here is whether the termination of employment caused by the bankruptcy of an employer give rise to a claim provable in bankruptcy for termination pay and severance pay in accordance with the provisions of the *ESA*.

Held: The appeal should be allowed.

At the heart of this conflict is an issue of statutory interpretation. Although the plain language of ss. 40 and 40a of the *ESA* suggests that termination pay and severance pay are payable only when the employer terminates the employment, statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. 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. Moreover, s. 10 of Ontario's *Interpretation Act* provides that every Act "shall be deemed to be remedial" and directs that every Act shall "receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit".

The objects of the *ESA* and of the termination and severance pay provisions themselves are broadly premised upon the need to protect employees. Finding ss. 40 and 40a to be inapplicable in bankruptcy situations is incompatible with both the object of the *ESA* and the termination and severance pay provisions. The legislature does not intend to produce absurd consequences and such a consequence would result if employees dismissed before the bankruptcy were to be entitled to these benefits while those dismissed after a bankruptcy would not be so entitled. A distinction would be made between employees merely on the basis of the timing of their dismissal and such a result would arbi-

motif que la faillite d'un employeur ne constituant pas un congédiement, aucun droit à une indemnité de cessation d'emploi, à une indemnité de licenciement ni à une paie de vacances ne prenait naissance sous le régime de la *LNE*. En appel, le ministère a eu gain de cause devant la Cour de l'Ontario (Division générale) mais la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé ce jugement et a rétabli la décision du syndic. Le ministère a demandé l'autorisation d'interjeter appel de l'arrêt de la Cour d'appel mais il s'est désisté. Après l'abandon de l'appel, le syndic a versé un dividende aux créanciers de Rizzo, réduisant de façon considérable l'actif. Par la suite, les appelants, cinq anciens employés de Rizzo, ont demandé et obtenu l'annulation du désistement, l'obtention de la qualité de parties à l'instance et une ordonnance leur accordant l'autorisation d'interjeter appel. En l'espèce, il s'agit de savoir si la cessation d'emploi résultant de la faillite de l'employeur donne naissance à une réclamation prouvable en matière de faillite en vue d'obtenir une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi conformément aux dispositions de la *LNE*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Une question d'interprétation législative est au centre du présent litige. Bien que le libellé clair des art. 40 et 40a de la *LNE* donne à penser que les indemnités de licenciement et de cessation d'emploi doivent être versées seulement lorsque l'employeur licencie l'employé, l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. 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. Au surplus, l'art. 10 de la *Loi d'interprétation* ontarienne dispose que les lois «sont réputées apporter une solution de droit» et qu'elles doivent «s'interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de leur objet selon leurs sens, intention et esprit véritables».

L'objet de la *LNE* et des dispositions relatives à l'indemnité de licenciement et à l'indemnité de cessation d'emploi elles-mêmes repose de manière générale sur la nécessité de protéger les employés. Conclure que les art. 40 et 40a sont inapplicables en cas de faillite est incompatible tant avec l'objet de la *LNE* qu'avec les dispositions relatives aux indemnités de licenciement et de cessation d'emploi. Le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes mais c'est le résultat auquel on arriverait si les employés congédiés avant la faillite avaient droit à ces avantages mais pas les employés congédiés après la faillite. Une distinction serait établie entre les employés sur la seule base de la date de leur

trarily deprive some of a means to cope with economic dislocation.

The use of legislative history as a tool for determining the intention of the legislature is an entirely appropriate exercise. Section 2(3) of the *Employment Standards Amendment Act, 1981* exempted from severance pay obligations employers who became bankrupt and lost control of their assets between the coming into force of the amendment and its receipt of royal assent. Section 2(3) necessarily implies that the severance pay obligation does in fact extend to bankrupt employers. If this were not the case, no readily apparent purpose would be served by this transitional provision. Further, since the *ESA* is benefits-conferring legislation, it ought to be interpreted in a broad and generous manner. Any doubt arising from difficulties of language should be resolved in favour of the claimant.

When the express words of ss. 40 and 40a are examined in their entire context, the words "terminated by an employer" must be interpreted to include termination resulting from the bankruptcy of the employer. The impetus behind the termination of employment has no bearing upon the ability of the dismissed employee to cope with the sudden economic dislocation caused by unemployment. As all dismissed employees are equally in need of the protections provided by the *ESA*, any distinction between employees whose termination resulted from the bankruptcy of their employer and those who have been terminated for some other reason would be arbitrary and inequitable. Such an interpretation would defeat the true meaning, intent and spirit of the *ESA*. Termination as a result of an employer's bankruptcy therefore does give rise to an unsecured claim provable in bankruptcy pursuant to s. 121 of the *Bankruptcy Act* for termination and severance pay in accordance with ss. 40 and 40a of the *ESA*. It was not necessary to address the applicability of s. 7(5) of the *ESA*.

Cases Cited

Distinguished: *Re Malone Lynch Securities Ltd.*, [1972] 3 O.R. 725; *Re Kemp Products Ltd.* (1978), 27 C.B.R. (N.S.) 1; *Mills-Hughes v. Raynor* (1988), 63 O.R. (2d) 343; **referred to:** *U.F.C.W., Loc. 617P v. Royal Dressed Meats Inc. (Trustee of)* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 86; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 1 S.C.R. 213;

congédiement et un tel résultat les priverait arbitrairement de certains des moyens dont ils disposent pour faire face à un bouleversement économique.

Le recours à l'historique législatif pour déterminer l'intention du législateur est tout à fait approprié. En vertu du par. 2(3) de l'*Employment Standards Amendment Act, 1981*, étaient exemptés de l'obligation de verser des indemnités de cessation d'emploi, les employeurs qui avaient fait faillite et avaient perdu la maîtrise de leurs biens entre le moment où les modifications sont entrées en vigueur et celui où elles ont reçu la sanction royale. Le paragraphe 2(3) implique nécessairement que les employeurs en faillite sont assujettis à l'obligation de verser une indemnité de cessation d'emploi. Si tel n'était pas le cas, cette disposition transitoire semblerait ne poursuivre aucune fin. En outre, comme la *LNE* est une loi conférant des avantages, elle doit être interprétée de façon libérale et généreuse. Tout doute découlant de l'ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du demandeur.

Lorsque les mots exprès employés aux art. 40 et 40a sont examinés dans leur contexte global, les termes «l'employeur licencié» doivent être interprétés de manière à inclure la cessation d'emploi résultant de la faillite de l'employeur. Les raisons qui motivent la cessation d'emploi n'ont aucun rapport avec la capacité de l'employé congédié de faire face au bouleversement économique soudain causé par le chômage. Comme tous les employés congédiés ont également besoin des protections prévues par la *LNE*, toute distinction établie entre les employés qui perdent leur emploi en raison de la faillite de leur employeur et ceux qui sont licenciés pour quelque autre raison serait arbitraire et inéquitable. Une telle interprétation irait à l'encontre des sens, intention et esprit véritables de la *LNE*. La cessation d'emploi résultant de la faillite de l'employeur donne effectivement naissance à une réclamation non garantie prouvable en matière de faillite au sens de l'art. 121 de la *LF* en vue d'obtenir une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi en conformité avec les art. 40 et 40a de la *LNE*. Il était inutile d'examiner la question de l'applicabilité du par. 7(5) de la *LNE*.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *Re Malone Lynch Securities Ltd.*, [1972] 3 O.R. 725; *Re Kemp Products Ltd.* (1978), 27 C.B.R. (N.S.) 1; *Mills-Hughes v. Raynor* (1988), 63 O.R. (2d) 343; **arrêts mentionnés:** *U.F.C.W., Loc. 617P v. Royal Dressed Meats Inc. (Trustee of)* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 86; *R. v. Hydro-Québec*,

Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp., [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *R. v. TNT Canada Inc.* (1996), 27 O.R. (3d) 546; *Re Telegram Publishing Co. v. Zwelling* (1972), 1 L.A.C. (2d) 1; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *British Columbia (Director of Employment Standards) v. Eland Distributors Ltd. (Trustee of)* (1996), 40 C.B.R. (3d) 25; *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3 [now the *Bankruptcy and Insolvency Act*], s. 121(1).
Employment Standards Act, R.S.O. 1970, c. 147, s. 13(2).
Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137, ss. 7(5) [rep. & sub. 1986, c. 51, s. 2], 40(1) [rep. & sub. 1987, c. 30, s. 4(1)], (7), 40a(1) [rep. & sub. *ibid.*, s. 5(1)].
Employment Standards Act, 1974, S.O. 1974, c. 112, s. 40(7).
Employment Standards Amendment Act, 1981, S.O. 1981, c. 22, s. 2.
Interpretation Act, R.S.O. 1980, c. 219 [now R.S.O. 1990, c. I.11], ss. 10, 17.
Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, ss. 74(1), 75(1).

Authors Cited

Christie, Innis, Geoffrey England and Brent Cotter. *Employment Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1993.
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 1st sess., 32nd Parl., June 4, 1981, pp. 1236-37.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 1st sess., 32nd Parl., June 16, 1981, p. 1699.
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

[1997] 1 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *R. c. TNT Canada Inc.* (1996), 27 O.R. (3d) 546; *Re Telegram Publishing Co. c. Zwelling* (1972), 1 L.A.C. (2d) 1; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *British Columbia (Director of Employment Standards) c. Eland Distributors Ltd. (Trustee of)* (1996), 40 C.B.R. (3d) 25; *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025.

Lois et règlements cités

Employment Standards Act, R.S.O. 1970, ch. 147, art. 13(2).
Employment Standards Act, 1974, S.O. 1974, ch. 112, art. 40(7).
Employment Standards Amendment Act, 1981, L.O. 1981, ch. 22, art. 2.
Loi d'interprétation, L.R.O. 1980, ch. 219 [maintenant L.R.O. 1990, ch. I-11], art. 10, 17.
Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi, L.O. 1995, ch. 1, art. 74(1), 75(1).
Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3 [maintenant la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*], art. 121(1).
Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137, art. 7(5) [abr. & rempl. 1986, ch. 51, art. 2], 40(1) [abr. & rempl. 1987, ch. 30, art. 4(1)], (7), 40a(1) [abr. & rempl. *ibid.*, art. 5(1)].

Doctrine citée

Christie, Innis, Geoffrey England and Brent Cotter. *Employment Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1993.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 1st sess., 32nd Parl., June 4, 1981, pp. 1236-37.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 1st sess., 32nd Parl., June 16, 1981, p. 1699.
 Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 22 O.R. (3d) 385, 80 O.A.C. 201, 30 C.B.R. (3d) 1, 9 C.C.E.L. (2d) 264, 95 C.L.L.C. ¶210-020, [1995] O.J. No. 586 (QL), reversing a judgment of the Ontario Court (General Division) (1991), 6 O.R. (3d) 441, 11 C.B.R. (3d) 246, 92 C.L.L.C. ¶14,013, ruling that the Ministry of Labour could prove claims on behalf of employees of the bankrupt. Appeal allowed.

Steven M. Barrett and Kathleen Martin, for the appellants.

Raymond M. Slattery, for the respondent.

David Vickers, for the Ministry of Labour for the Province of Ontario, Employment Standards Branch.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — This is an appeal by the former employees of a now bankrupt employer from an order disallowing their claims for termination pay (including vacation pay thereon) and severance pay. The case turns on an issue of statutory interpretation. Specifically, the appeal decides whether, under the relevant legislation in effect at the time of the bankruptcy, employees are entitled to claim termination and severance payments where their employment has been terminated by reason of their employer's bankruptcy.

1. Facts

Prior to its bankruptcy, Rizzo & Rizzo Shoes Limited ("Rizzo") owned and operated a chain of retail shoe stores across Canada. Approximately 65 percent of those stores were located in Ontario. On April 13, 1989, a petition in bankruptcy was filed against the chain. The following day, a receiving

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 22 O.R. (3d) 385, 80 O.A.C. 201, 30 C.B.R. (3d) 1, 9 C.C.E.L. (2d) 264, 95 C.L.L.C. ¶210-020, [1995] O.J. n° 586 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1991), 6 O.R. (3d) 441, 11 C.B.R. (3d) 246, 92 C.L.L.C. ¶14,013, statuant que le ministère du Travail pouvait prouver des réclamations au nom des employés de l'entreprise en faillite. Pourvoi accueilli.

Steven M. Barrett et Kathleen Martin, pour les appelants.

Raymond M. Slattery, pour l'intimée.

David Vickers, pour le ministère du Travail de la province d'Ontario, Direction des normes d'emploi.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Il s'agit d'un pourvoi interjeté par les anciens employés d'un employeur maintenant en faillite contre une ordonnance qui a rejeté les réclamations qu'ils ont présentées en vue d'obtenir une indemnité de licenciement (y compris la paie de vacances) et une indemnité de cessation d'emploi. Le litige porte sur une question d'interprétation législative. Tout particulièrement, le pourvoi tranche la question de savoir si, en vertu des dispositions législatives pertinentes en vigueur à l'époque de la faillite, les employés ont le droit de réclamer une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi lorsque la cessation d'emploi résulte de la faillite de leur employeur.

1. Les faits

Avant sa faillite, la société Rizzo & Rizzo Shoes Limited («Rizzo») possédait et exploitait au Canada une chaîne de magasins de vente au détail de chaussures. Environ 65 pour 100 de ces magasins étaient situés en Ontario. Le 13 avril 1989, une pétition en faillite a été présentée contre la

order was made on consent in respect of Rizzo's property. Upon the making of that order, the employment of Rizzo's employees came to an end.

3 Pursuant to the receiving order, the respondent, Zitrer, Siblin & Associates, Inc. (the "Trustee") was appointed as trustee in bankruptcy of Rizzo's estate. The Bank of Nova Scotia privately appointed Peat Marwick Limited ("PML") as receiver and manager. By the end of July 1989, PML had liquidated Rizzo's property and assets and closed the stores. PML paid all wages, salaries, commissions and vacation pay that had been earned by Rizzo's employees up to the date on which the receiving order was made.

4 In November 1989, the Ministry of Labour for the Province of Ontario, Employment Standards Branch (the "Ministry") audited Rizzo's records to determine if there was any outstanding termination or severance pay owing to former employees under the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137, as amended (the "ESA"). On August 23, 1990, the Ministry delivered a proof of claim to the respondent Trustee on behalf of the former employees of Rizzo for termination pay and vacation pay thereon in the amount of approximately \$2.6 million and for severance pay totalling \$14,215. The Trustee disallowed the claims, issuing a Notice of Disallowance on January 28, 1991. For the purposes of this appeal, the relevant ground for disallowing the claim was the Trustee's opinion that the bankruptcy of an employer does not constitute a dismissal from employment and thus, no entitlement to severance, termination or vacation pay is created under the *ESA*.

5 The Ministry appealed the Trustee's decision to the Ontario Court (General Division) which reversed the Trustee's disallowance and allowed the claims as unsecured claims provable in bankruptcy. On appeal, the Ontario Court of Appeal overturned the trial court's ruling and restored the decision of the Trustee. The Ministry sought leave

chaîne de magasins. Le lendemain, une ordonnance de séquestre a été rendue sur consentement à l'égard des biens de Rizzo. Au prononcé de l'ordonnance, les employés de Rizzo ont perdu leur emploi.

Conformément à l'ordonnance de séquestre, l'intimée, Zitrer, Siblin & Associates, Inc. (le «syndic») a été nommée syndic de faillite de l'actif de Rizzo. La Banque de Nouvelle-Écosse a nommé Peat Marwick Limitée («PML») comme administrateur séquestre. Dès la fin de juillet 1989, PML avait liquidé les biens de Rizzo et fermé les magasins. PML a versé tous les salaires, les traitements, toutes les commissions et les paies de vacances qui avaient été gagnés par les employés de Rizzo jusqu'à la date à laquelle l'ordonnance de séquestre a été rendue.

En novembre 1989, le ministère du Travail de la province d'Ontario, Direction des normes d'emploi (le «ministère») a vérifié les dossiers de Rizzo afin de déterminer si des indemnités de licenciement ou de cessation d'emploi devaient encore être versées aux anciens employés en application de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1980, ch. 137 et ses modifications (la «LNE»). Le 23 août 1990, au nom des anciens employés de Rizzo, le ministère a remis au syndic intimé une preuve de réclamation pour des indemnités de licenciement et des paies de vacances (environ 2,6 millions de dollars) et pour des indemnités de cessation d'emploi (14 215 \$). Le syndic a rejeté les réclamations et a donné avis du rejet le 28 janvier 1991. Aux fins du présent pourvoi, les réclamations ont été rejetées parce que le syndic était d'avis que la faillite d'un employeur ne constituant pas un congédiement, aucun droit à une indemnité de cessation d'emploi, à une indemnité de licenciement ni à une paie de vacances ne prenait naissance sous le régime de la *LNE*.

Le ministère a interjeté appel de la décision du syndic devant la Cour de l'Ontario (Division générale) laquelle a infirmé la décision du syndic et a admis les réclamations en tant que réclamations non garanties prouvables en matière de faillite. En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a cassé le jugement de la cour de première instance et rétabli la

to appeal from the Court of Appeal judgment, but discontinued its application on August 30, 1993. Following the discontinuance of the appeal, the Trustee paid a dividend to Rizzo's creditors, thereby leaving significantly less funds in the estate. Subsequently, the appellants, five former employees of Rizzo, moved to set aside the discontinuance, add themselves as parties to the proceedings, and requested an order granting them leave to appeal. This Court's order granting those applications was issued on December 5, 1996.

2. Relevant Statutory Provisions

The relevant versions of the *Bankruptcy Act* (now the *Bankruptcy and Insolvency Act*) and the *Employment Standards Act* for the purposes of this appeal are R.S.C., 1985, c. B-3 (the "BA"), and R.S.O. 1980, c. 137, as amended to April 14, 1989 (the "ESA") respectively.

Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137, as amended:

7. —

(5) Every contract of employment shall be deemed to include the following provision:

All severance pay and termination pay become payable and shall be paid by the employer to the employee in two weekly instalments beginning with the first full week following termination of employment and shall be allocated to such weeks accordingly. This provision does not apply to severance pay if the employee has elected to maintain a right of recall as provided in subsection 40a (7) of the *Employment Standards Act*.

40. — (1) No employer shall terminate the employment of an employee who has been employed for three months or more unless the employee gives,

- (a) one weeks notice in writing to the employee if his or her period of employment is less than one year;
- (b) two weeks notice in writing to the employee if his or her period of employment is one year or more but less than three years;

décision du syndic. Le ministère a demandé l'autorisation d'en appeler de l'arrêt de la Cour d'appel, mais il s'est désisté le 30 août 1993. Après l'abandon de l'appel, le syndic a versé un dividende aux créanciers de Rizzo, réduisant de façon considérable l'actif. Par la suite, les appelants, cinq anciens employés de Rizzo, ont demandé l'annulation du désistement, l'obtention de la qualité de parties à l'instance et une ordonnance leur accordant l'autorisation d'interjeter appel. L'ordonnance de notre Cour faisant droit à ces demandes a été rendue le 5 décembre 1996.

2. Les dispositions législatives pertinentes

Aux fins du présent pourvoi, les versions pertinentes de la *Loi sur la faillite* (maintenant la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*) et de la *Loi sur les normes d'emploi* sont respectivement les suivantes: L.R.C. (1985), ch. B-3 (la «LF») et L.R.O. 1980, ch. 137 et ses modifications au 14 avril 1989 (la «LNE»).

Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137 et ses modifications:

7...

(5) Tout contrat de travail est réputé comprendre la disposition suivante:

L'indemnité de cessation d'emploi et l'indemnité de licenciement deviennent exigibles et sont payées par l'employeur à l'employé en deux versements hebdomadaires à compter de la première semaine complète suivant la cessation d'emploi, et sont réparties sur ces semaines en conséquence. La présente disposition ne s'applique pas à l'indemnité de cessation d'emploi si l'employé a choisi de maintenir son droit d'être rappelé, comme le prévoit le paragraphe 40a (7) de la *Loi sur les normes d'emploi*.

40 (1) Aucun employeur ne doit licencier un employé qui travaille pour lui depuis trois mois ou plus à moins de lui donner:

- a) un préavis écrit d'une semaine si sa période d'emploi est inférieure à un an;
- b) un préavis écrit de deux semaines si sa période d'emploi est d'un an ou plus mais de moins de trois ans;

- (c) three weeks notice in writing to the employee if his or her period of employment is three years or more but less than four years;
- (d) four weeks notice in writing to the employee if his or her period of employment is four years or more but less than five years;
- (e) five weeks notice in writing to the employee if his or her period of employment is five years or more but less than six years;
- (f) six weeks notice in writing to the employee if his or her period of employment is six years or more but less than seven years;
- (g) seven weeks notice in writing to the employee if his or her period of employment is seven years or more but less than eight years;
- (h) eight weeks notice in writing to the employee if his or her period of employment is eight years or more, and such notice has expired.

. . .

(7) Where the employment of an employee is terminated contrary to this section,

- (a) the employer shall pay termination pay in an amount equal to the wages that the employee would have been entitled to receive at his regular rate for a regular non-overtime work week for the period of notice prescribed by subsection (1) or (2), and any wages to which he is entitled;

. . .

40a . . .

(1a) Where,

- (a) fifty or more employees have their employment terminated by an employer in a period of six months or less and the terminations are caused by the permanent discontinuance of all or part of the business of the employer at an establishment; or
- (b) one or more employees have their employment terminated by an employer with a payroll of \$2.5 million or more,

the employer shall pay severance pay to each employee whose employment has been terminated and who has been employed by the employer for five or more years.

- c) un préavis écrit de trois semaines si sa période d'emploi est de trois ans ou plus mais de moins de quatre ans;
 - d) un préavis écrit de quatre semaines si sa période d'emploi est de quatre ans ou plus mais de moins de cinq ans;
 - e) un préavis écrit de cinq semaines si sa période d'emploi est de cinq ans ou plus mais de moins de six ans;
 - f) un préavis écrit de six semaines si sa période d'emploi est de six ans ou plus mais de moins de sept ans;
 - g) un préavis écrit de sept semaines si sa période d'emploi est de sept ans ou plus mais de moins de huit ans;
 - h) un préavis écrit de huit semaines si sa période d'emploi est de huit ans ou plus,
- et avant le terme de la période de ce préavis.

. . .

(7) Si un employé est licencié contrairement au présent article:

- a) l'employeur lui verse une indemnité de licenciement égale au salaire que l'employé aurait eu le droit de recevoir à son taux normal pour une semaine normale de travail sans heures supplémentaires pendant la période de préavis fixée par le paragraphe (1) ou (2), de même que tout salaire auquel il a droit;

. . .

40a . . .

[TRANSLATION] (1a) L'employeur verse une indemnité de cessation d'emploi à chaque employé licencié qui a travaillé pour lui pendant cinq ans ou plus si, selon le cas:

- a) l'employeur licencie cinquante employés ou plus au cours d'une période de six mois ou moins et que les licenciements résultent de l'interruption permanente de l'ensemble ou d'une partie des activités de l'employeur à un établissement;
- b) l'employeur dont la masse salariale est de 2,5 millions de dollars ou plus licencie un ou plusieurs employés.

Employment Standards Amendment Act, 1981,
S.O. 1981, c. 22

2. — (1) Part XII of the said Act is amended by adding thereto the following section:

. . .

(3) Section 40a of the said Act does not apply to an employer who became a bankrupt or an insolvent person within the meaning of the *Bankruptcy Act* (Canada) and whose assets have been distributed among his creditors or to an employer whose proposal within the meaning of the *Bankruptcy Act* (Canada) has been accepted by his creditors in the period from and including the 1st day of January, 1981, to and including the day immediately before the day this Act receives Royal Assent.

Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3

121. (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject at the date of the bankruptcy or to which he may become subject before his discharge by reason of any obligation incurred before the date of the bankruptcy shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. I.11

10. Every Act shall be deemed to be remedial, whether its immediate purport is to direct the doing of anything that the Legislature deems to be for the public good or to prevent or punish the doing of any thing that it deems to be contrary to the public good, and shall accordingly receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit.

. . .

17. The repeal or amendment of an Act shall be deemed not to be or to involve any declaration as to the previous state of the law.

3. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1991), 6 O.R. (3d) 441

Employment Standards Amendment Act, 1981,
L.O. 1981, ch. 22

[TRANSDUCTION]

2. (1) La partie XII de la loi est modifiée par adjonction de l'article suivant:

. . .

(3) L'article 40a de la loi ne s'applique pas à l'employeur qui a fait faillite ou est devenu insolvable au sens de la *Loi sur la faillite* (Canada) et dont les biens ont été distribués à ses créanciers ou à l'employeur dont la proposition au sens de la *Loi sur la faillite* (Canada) a été acceptée par ses créanciers pendant la période qui commence le 1^{er} janvier 1981 et se termine le jour précédant immédiatement celui où la présente loi a reçu la sanction royale inclusivement.

Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3

121. (1) Toutes créances et tous engagements, présents ou futurs, auxquels le failli est assujéti à la date de la faillite, ou auxquels il peut devenir assujéti avant sa libération, en raison d'une obligation contractée antérieurement à la date de la faillite, sont réputés des réclamations prouvables dans des procédures entamées en vertu de la présente loi.

Loi d'interprétation, L.R.O. 1990, ch. I.11

10 Les lois sont réputées apporter une solution de droit, qu'elles aient pour objet immédiat d'ordonner l'accomplissement d'un acte que la Législature estime être dans l'intérêt public ou d'empêcher ou de punir l'accomplissement d'un acte qui lui paraît contraire à l'intérêt public. Elles doivent par conséquent s'interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de leur objet selon leurs sens, intention et esprit véritables.

. . .

17 L'abrogation ou la modification d'une loi n'est pas réputée constituer ou impliquer une déclaration portant sur l'état antérieur du droit.

3. L'historique judiciaire

A. *La Cour de l'Ontario (Division générale)* (1991), 6 O.R. (3d) 441

7 Having disposed of several issues which do not arise on this appeal, Farley J. turned to the question of whether termination pay and severance pay are provable claims under the *BA*. Relying on *U.F.C.W., Loc. 617P v. Royal Dressed Meats Inc. (Trustee of)* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 86 (Ont. S.C. in Bankruptcy), he found that it is clear that claims for termination and severance pay are provable in bankruptcy where the statutory obligation to provide such payments arose prior to the bankruptcy. Accordingly, he reasoned that the essential matter to be resolved in the case at bar was whether bankruptcy acted as a termination of employment thereby triggering the termination and severance pay provisions of the *ESA* such that liability for such payments would arise on bankruptcy as well.

8 In addressing this question, Farley J. began by noting that the object and intent of the *ESA* is to provide minimum employment standards and to benefit and protect the interests of employees. Thus, he concluded that the *ESA* is remedial legislation and as such it should be interpreted in a fair, large and liberal manner to ensure that its object is attained according to its true meaning, spirit and intent.

9 Farley J. then held that denying employees in this case the right to claim termination and severance pay would lead to the arbitrary and unfair result that an employee whose employment is terminated just prior to a bankruptcy would be entitled to termination and severance pay, whereas one whose employment is terminated by the bankruptcy itself would not have that right. This result, he stated, would defeat the intended working of the *ESA*.

10 Farley J. saw no reason why the claims of the employees in the present case would not generally be contemplated as wages or other claims under the *BA*. He emphasized that the former employees in the case at bar had not alleged that termination pay and severance pay should receive a priority in

Après avoir tranché plusieurs points non soulevés dans le présent pourvoi, le juge Farley est passé à la question de savoir si l'indemnité de licenciement et l'indemnité de cessation d'emploi sont des réclamations prouvables en application de la *LF*. S'appuyant sur la décision *U.F.C.W., Loc. 617P c. Royal Dressed Meats Inc. (Trustee of)* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 86 (C.S. Ont. en matière de faillite), il a conclu que manifestement, l'indemnité de licenciement et l'indemnité de cessation d'emploi sont prouvables en matière de faillite lorsque l'obligation légale d'effectuer ces versements a pris naissance avant la faillite. Par conséquent, il a estimé que le point essentiel à résoudre en l'espèce était de savoir si la faillite était assimilable au licenciement et entraînait l'application des dispositions relatives à l'indemnité de licenciement et à l'indemnité de cessation d'emploi de la *LNE* de manière que l'obligation de verser ces indemnités prenne naissance également au moment de la faillite.

Le juge Farley a abordé cette question en faisant remarquer que l'objet et l'intention de la *LNE* étaient d'établir des normes minimales d'emploi et de favoriser et protéger les intérêts des employés. Il a donc conclu que la *LNE* visait à apporter une solution de droit et devait dès lors être interprétée de manière équitable et large afin de garantir la réalisation de son objet selon ses sens, intention et esprit véritables.

Le juge Farley a ensuite décidé que priver les employés en l'espèce du droit de réclamer une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi aurait pour conséquence injuste et arbitraire que l'employé licencié juste avant la faillite aurait droit à une indemnité de licenciement et à une indemnité de cessation d'emploi, alors que celui qui a perdu son emploi en raison de la faillite elle-même n'y aurait pas droit. Ce résultat, a-t-il dit, irait à l'encontre du but visé par la loi.

Le juge Farley ne voyait pas pourquoi les réclamations des employés en l'espèce ne seraient pas généralement considérées comme des réclamations concernant les salaires ou comme d'autres réclamations présentées en application de la *LF*. Il a souligné que les anciens employés en l'espèce

the distribution of the estate, but merely that they are provable (unsecured and unpreferred) claims in a bankruptcy. For this reason, he found it inappropriate to make reference to authorities whose focus was the interpretation of priority provisions in the *BA*.

Even if bankruptcy does not terminate the employment relationship so as to trigger the *ESA* termination and severance pay provisions, Farley J. was of the view that the employees in the instant case would nevertheless be entitled to such payments as these were liabilities incurred prior to the date of the bankruptcy by virtue of s. 7(5) of the *ESA*. He found that s. 7(5) deems every employment contract to include a provision to provide termination and severance pay following the termination of employment and concluded that a contingent obligation is thereby created for a bankrupt employer to make such payments from the outset of the relationship, long before the bankruptcy.

Farley J. also considered s. 2(3) of the *Employment Standards Amendment Act, 1981*, S.O. 1981, c. 22 (the "*ESAA*"), which is a transitional provision that exempted certain bankrupt employers from the newly introduced severance pay obligations until the amendments received royal assent. He was of the view that this provision would not have been necessary if the obligations of employers upon termination of employment had not been intended to apply to bankrupt employers under the *ESA*. Farley J. concluded that the claim by Rizzo's former employees for termination pay and severance pay could be provided as unsecured and unpreferred debts in a bankruptcy. Accordingly, he allowed the appeal from the decision of the Trustee.

n'avaient pas soutenu que les indemnités de licenciement et de cessation d'emploi devaient être prioritaires dans la distribution de l'actif, mais tout simplement qu'elles étaient des réclamations prouvables en matière de faillite (non garanties et non privilégiées). Pour ce motif, il a conclu qu'il ne convenait pas d'invoquer la jurisprudence et la doctrine portant sur l'interprétation des dispositions relatives à la priorité de la *LF*.

Même si la faillite ne met pas fin à la relation entre l'employeur et l'employé de façon à faire jouer les dispositions relatives aux indemnités de licenciement et de cessation d'emploi de la *LNF*, le juge Farley était d'avis que les employés en l'espèce avaient néanmoins droit à ces indemnités, car il s'agissait d'engagements contractés avant la date de la faillite conformément au par. 7(5) de la *LNE*. Il a conclu d'une part qu'aux termes du par. 7(5), tout contrat de travail est réputé comprendre une disposition prévoyant le versement d'une indemnité de licenciement et d'une indemnité de cessation d'emploi au moment de la cessation d'emploi et d'autre part que l'employeur en faillite est assujéti à l'obligation conditionnelle de verser ces indemnités depuis le début de la relation entre l'employeur et l'employé, soit bien avant la faillite.

Le juge Farley a également examiné le par. 2(3) de l'*Employment Standards Amendment Act, 1981*, L.O. 1981, ch. 22 («*l'ESAA*»), qui est une disposition transitoire exemptant certains employeurs en faillite des nouvelles obligations relatives au paiement de l'indemnité de cessation d'emploi jusqu'à ce que les modifications aient reçu la sanction royale. Il était d'avis que cette disposition n'aurait pas été nécessaire si le législateur n'avait pas voulu que les obligations auxquelles sont tenus les employeurs au moment d'un licenciement s'appliquent aux employeurs en faillite en vertu de la *LNE*. Le juge Farley a conclu que la réclamation présentée par les anciens employés de Rizzo en vue d'obtenir des indemnités de licenciement et de cessation d'emploi pouvait être traitée comme une créance non garantie et non privilégiée dans une faillite. Par conséquent, il a accueilli l'appel formé contre la décision du syndic.

11

12

B. *Ontario Court of Appeal* (1995), 22 O.R. (3d) 385

13

Austin J.A., writing for a unanimous court, began his analysis of the principal issue in this appeal by focussing upon the language of the termination pay and severance pay provisions of the *ESA*. He noted, at p. 390, that the termination pay provisions use phrases such as “[n]o employer shall terminate the employment of an employee” (s. 40(1)), “the notice required by an employer to terminate the employment” (s. 40(2)), and “[a]n employer who has terminated or who proposes to terminate the employment of employees” (s. 40(5)). Turning to severance pay, he quoted s. 40a(1)(a) (at p. 391) which includes the phrase “employees have their employment terminated by an employer”. Austin J.A. concluded that this language limits the obligation to provide termination and severance pay to situations in which the employer terminates the employment. The operation of the *ESA*, he stated, is not triggered by the termination of employment resulting from an act of law such as bankruptcy.

14

In support of his conclusion, Austin J.A. reviewed the leading cases in this area of law. He cited *Re Malone Lynch Securities Ltd.*, [1972] 3 O.R. 725 (S.C. in bankruptcy), wherein Houlden J. (as he then was) concluded that the *ESA* termination pay provisions were not designed to apply to a bankrupt employer. He also relied upon *Re Kemp Products Ltd.* (1978), 27 C.B.R. (N.S.) 1 (Ont. S.C. in bankruptcy), for the proposition that the bankruptcy of a company at the instance of a creditor does not constitute dismissal. He concluded as follows at p. 395:

The plain language of ss. 40 and 40a does not give rise to any liability to pay termination or severance pay except where the employment is terminated by the employer. In our case, the employment was terminated, not by the employer, but by the making of a receiving order against Rizzo on April 14, 1989, following a peti-

B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1995), 22 O.R. (3d) 385

Au nom d'une cour unanime, le juge Austin a commencé son analyse de la question principale du présent pourvoi en s'arrêtant sur le libellé des dispositions relatives à l'indemnité de licenciement et à l'indemnité de cessation d'emploi de la *LNE*. Il a noté, à la p. 390, que les dispositions relatives à l'indemnité de licenciement utilisent des expressions comme «[a]ucun employeur ne doit licencier un employé» (par. 40(1)), «le préavis qu'un employeur donne pour licencier» (par. 40(2)) et les «employés qu'un employeur a licenciés ou se propose de licencier» (par. 40(5)). Passant à l'indemnité de cessation d'emploi, il a cité l'al. 40a(1)a), à la p. 391, lequel contient l'expression «l'employeur licencie cinquante employés». Le juge Austin a conclu que ce libellé limite l'obligation d'accorder une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi aux cas où l'employeur licencie des employés. Selon lui, la cessation d'emploi résultant de l'effet de la loi, notamment de la faillite, n'entraîne pas l'application de la *LNE*.

À l'appui de sa conclusion, le juge Austin a examiné les arrêts de principe dans ce domaine du droit. Il a cité *Re Malone Lynch Securities Ltd.*, [1972] 3 O.R. 725 (C.S. en matière de faillite), dans lequel le juge Houlden (maintenant juge de la Cour d'appel) a statué que les dispositions relatives à l'indemnité de licenciement de la *LNE* n'étaient pas conçues pour s'appliquer à l'employeur en faillite. Il a également invoqué *Re Kemp Products Ltd.* (1978), 27 C.B.R. (N.S.) 1 (C.S. Ont. en matière de faillite), à l'appui de la proposition selon laquelle la faillite d'une compagnie à la demande d'un créancier ne constitue pas un congédiement. Il a conclu ainsi, à la p. 395:

[TRADUCTION] Le libellé clair des art. 40 et 40a ne crée une obligation de verser une indemnité de licenciement ou une indemnité de cessation d'emploi que si l'employeur licencie l'employé. En l'espèce, la cessation d'emploi n'est pas le fait de l'employeur, elle résulte d'une ordonnance de séquestre rendue à l'encontre de Rizzo le 14 avril 1989, à la suite d'une pétition présentée par l'un de ses créanciers. Le droit à une indemnité

tion by one of its creditors. No entitlement to either termination or severance pay ever arose.

Regarding s. 7(5) of the *ESA*, Austin J.A. rejected the trial judge's interpretation and found that the section does not create a liability. Rather, in his opinion, it merely states when a liability otherwise created is to be paid and therefore it was not considered relevant to the issue before the court. Similarly, Austin J.A. did not accept the lower court's view of s. 2(3), the transitional provision in the *ESAA*. He found that that section had no effect upon the intention of the Legislature as evidenced by the terminology used in ss. 40 and 40a.

Austin J.A. concluded that, because the employment of Rizzo's former employees was terminated by the order of bankruptcy and not by the act of the employer, no liability arose with respect to termination, severance or vacation pay. The order of the trial judge was set aside and the Trustee's disallowance of the claims was restored.

4. Issues

This appeal raises one issue: does the termination of employment caused by the bankruptcy of an employer give rise to a claim provable in bankruptcy for termination pay and severance pay in accordance with the provisions of the *ESA*?

5. Analysis

The statutory obligation upon employers to provide both termination pay and severance pay is governed by ss. 40 and 40a of the *ESA*, respectively. The Court of Appeal noted that the plain language of those provisions suggests that termination pay and severance pay are payable only when the employer terminates the employment. For example, the opening words of s. 40(1) are: "No employer shall terminate the employment of an employee. . . ." Similarly, s. 40a(1a) begins with

de licenciement ou à une indemnité de cessation d'emploi n'a jamais pris naissance.

En ce qui concerne le par. 7(5) de la *LNE*, le juge Austin a rejeté l'interprétation du juge de première instance et a estimé que cette disposition ne créait pas d'engagement. Selon lui, elle ne faisait que préciser quand l'engagement contracté par ailleurs devait être acquitté et ne se rapportait donc pas à la question dont la cour était saisie. Le juge Austin n'a pas accepté non plus l'opinion exprimée par le tribunal inférieur au sujet du par. 2(3), la disposition transitoire de l'*ESAA*. Il a jugé que cette disposition n'avait aucun effet quant à l'intention du législateur, comme l'attestait la terminologie employée aux art. 40 et 40a.

Le juge Austin a conclu que, comme la cessation d'emploi subie par les anciens employés de Rizzo résultait d'une ordonnance de faillite et n'était pas le fait de l'employeur, il n'existait aucun engagement en ce qui concerne l'indemnité de licenciement, l'indemnité de cessation d'emploi ni la paie de vacances. L'ordonnance du juge de première instance a été annulée et la décision du syndic de rejeter les réclamations a été rétablie.

4. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève une question: la cessation d'emploi résultant de la faillite de l'employeur donne-t-elle naissance à une réclamation prouvable en matière de faillite en vue d'obtenir une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi conformément aux dispositions de la *LNE*?

5. Analyse

L'obligation légale faite aux employeurs de verser une indemnité de licenciement ainsi qu'une indemnité de cessation d'emploi est régie respectivement par les art. 40 et 40a de la *LNE*. La Cour d'appel a fait observer que le libellé clair de ces dispositions donne à penser que les indemnités de licenciement et de cessation d'emploi doivent être versées seulement lorsque l'employeur licencie l'employé. Par exemple, le par. 40(1) commence par les mots suivants: «Aucun employeur ne doit

15

16

17

18

the words, “Where . . . fifty or more employees have their employment terminated by an employer. . .” Therefore, the question on which this appeal turns is whether, when bankruptcy occurs, the employment can be said to be terminated “by an employer”.

19 The Court of Appeal answered this question in the negative, holding that, where an employer is petitioned into bankruptcy by a creditor, the employment of its employees is not terminated “by an employer”, but rather by operation of law. Thus, the Court of Appeal reasoned that, in the circumstances of the present case, the *ESA* termination pay and severance pay provisions were not applicable and no obligations arose. In answer, the appellants submit that the phrase “terminated by an employer” is best interpreted as reflecting a distinction between involuntary and voluntary termination of employment. It is their position that this language was intended to relieve employers of their obligation to pay termination and severance pay when employees leave their jobs voluntarily. However, the appellants maintain that where an employee’s employment is involuntarily terminated by reason of their employer’s bankruptcy, this constitutes termination “by an employer” for the purpose of triggering entitlement to termination and severance pay under the *ESA*.

20 At the heart of this conflict is an issue of statutory interpretation. Consistent with the findings of the Court of Appeal, the plain meaning of the words of the provisions here in question appears to restrict the obligation to pay termination and severance pay to those employers who have actively terminated the employment of their employees. At first blush, bankruptcy does not fit comfortably into this interpretation. However, with respect, I believe this analysis is incomplete.

21 Although much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) (hereinafter “*Construction of Statutes*”); Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legisla-*

licier un employé . . . » Le paragraphe 40a(1a) contient également les mots: «si [. . .] l’employeur licencie cinquante employés ou plus . . . » Par conséquent, la question dans le présent pourvoi est de savoir si l’on peut dire que l’employeur qui fait faillite a licencié ses employés.

La Cour d’appel a répondu à cette question par la négative, statuant que, lorsqu’un créancier présente une pétition en faillite contre un employeur, les employés ne sont pas licenciés par l’employeur mais par l’effet de la loi. La Cour d’appel a donc estimé que, dans les circonstances de l’espèce, les dispositions relatives aux indemnités de licenciement et de cessation d’emploi de la *LNE* n’étaient pas applicables et qu’aucune obligation n’avait pris naissance. Les appelants répliquent que les mots «l’employeur licencie» doivent être interprétés comme établissant une distinction entre la cessation d’emploi volontaire et la cessation d’emploi forcée. Ils soutiennent que ce libellé visait à décharger l’employeur de son obligation de verser des indemnités de licenciement et de cessation d’emploi lorsque l’employé quittait son emploi volontairement. Cependant, les appelants prétendent que la cessation d’emploi forcée résultant de la faillite de l’employeur est assimilable au licenciement effectué par l’employeur pour l’exercice du droit à une indemnité de licenciement et à une indemnité de cessation d’emploi prévu par la *LNE*.

Une question d’interprétation législative est au centre du présent litige. Selon les conclusions de la Cour d’appel, le sens ordinaire des mots utilisés dans les dispositions en cause paraît limiter l’obligation de verser une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d’emploi aux employeurs qui ont effectivement licencié leurs employés. À première vue, la faillite ne semble pas cadrer très bien avec cette interprétation. Toutefois, en toute déférence, je crois que cette analyse est incomplète.

Bien que l’interprétation législative ait fait couler beaucoup d’encre (voir par ex. Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994) (ci-après «*Construction of Statutes*»); Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd.

tion in Canada (2nd ed. 1991)), Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

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

Recent cases which have cited the above passage with approval include: *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 1 S.C.R. 213; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103.

I also rely upon s. 10 of the *Interpretation Act*, R.S.O. 1980, c. 219, which provides that every Act “shall be deemed to be remedial” and directs that every Act shall “receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit”.

Although the Court of Appeal looked to the plain meaning of the specific provisions in question in the present case, with respect, I believe that the court did not pay sufficient attention to the scheme of the *ESA*, its object or the intention of the legislature; nor was the context of the words in issue appropriately recognized. I now turn to a discussion of these issues.

In *Machtiger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1002, the majority of this Court recognized the importance that our society accords to employment and the fundamental role that it has assumed in the life of the individual. The manner in which employment can be terminated was said to be equally important (see also *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701). It was in this context that the majority in *Machtiger* described, at p. 1003, the object of the *ESA* as being the protection of “... the interests of employees by requiring employers to comply with

1990)), Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l’interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit:

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

Parmi les arrêts récents qui ont cité le passage ci-dessus en l’approuvant, mentionnons: *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 1 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103.

Je m’appuie également sur l’art. 10 de la *Loi d’interprétation*, L.R.O. 1980, ch. 219, qui prévoit que les lois «sont réputées apporter une solution de droit» et doivent «s’interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de leur objet selon leurs sens, intention et esprit véritables».

Bien que la Cour d’appel ait examiné le sens ordinaire des dispositions en question dans le présent pourvoi, en toute déférence, je crois que la cour n’a pas accordé suffisamment d’attention à l’économie de la *LNE*, à son objet ni à l’intention du législateur; le contexte des mots en cause n’a pas non plus été pris en compte adéquatément. Je passe maintenant à l’analyse de ces questions.

Dans l’arrêt *Machtiger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, à la p. 1002, notre Cour, à la majorité, a reconnu l’importance que notre société accorde à l’emploi et le rôle fondamental qu’il joue dans la vie de chaque individu. La manière de mettre fin à un emploi a été considérée comme étant tout aussi importante (voir également *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701). C’est dans ce contexte que les juges majoritaires dans l’arrêt *Machtiger* ont défini, à la p. 1003, l’objet de la *LNE* comme étant la protection «... [d]es intérêts des employés en exigeant que

22

23

24

certain minimum standards, including minimum periods of notice of termination”. Accordingly, the majority concluded, at p. 1003, that, “. . . an interpretation of the Act which encourages employers to comply with the minimum requirements of the Act, and so extends its protections to as many employees as possible, is to be favoured over one that does not”.

25 The objects of the termination and severance pay provisions themselves are also broadly premised upon the need to protect employees. Section 40 of the *ESA* requires employers to give their employees reasonable notice of termination based upon length of service. One of the primary purposes of this notice period is to provide employees with an opportunity to take preparatory measures and seek alternative employment. It follows that s. 40(7)(a), which provides for termination pay in lieu of notice when an employer has failed to give the required statutory notice, is intended to “cushion” employees against the adverse effects of economic dislocation likely to follow from the absence of an opportunity to search for alternative employment. (Innis Christie, Geoffrey England and Brent Cotter, *Employment Law in Canada* (2nd ed. 1993), at pp. 572-81.)

26 Similarly, s. 40a, which provides for severance pay, acts to compensate long-serving employees for their years of service and investment in the employer’s business and for the special losses they suffer when their employment terminates. In *R. v. TNT Canada Inc.* (1996), 27 O.R. (3d) 546, Robins J.A. quoted with approval at pp. 556-57 from the words of D. D. Carter in the course of an employment standards determination in *Re Telegram Publishing Co. v. Zwelling* (1972), 1 L.A.C. (2d) 1 (Ont.), at p. 19, wherein he described the role of severance pay as follows:

Severance pay recognizes that an employee does make an investment in his employer’s business — the extent of this investment being directly related to the length of

les employeurs respectent certaines normes minimales, notamment en ce qui concerne les périodes minimales de préavis de licenciement». Par conséquent, les juges majoritaires ont conclu, à la p. 1003, qu’« . . . une interprétation de la Loi qui encouragerait les employeurs à se conformer aux exigences minimales de celle-ci et qui ferait ainsi bénéficier de sa protection le plus grand nombre d’employés possible est à préférer à une interprétation qui n’a pas un tel effet».

L’objet des dispositions relatives à l’indemnité de licenciement et à l’indemnité de cessation d’emploi elles-mêmes repose de manière générale sur la nécessité de protéger les employés. L’article 40 de la *LNE* oblige les employeurs à donner à leurs employés un préavis de licenciement raisonnable en fonction des années de service. L’une des fins principales de ce préavis est de donner aux employés la possibilité de se préparer en cherchant un autre emploi. Il s’ensuit que l’al. 40(7)a, qui prévoit une indemnité de licenciement tenant lieu de préavis lorsqu’un employeur n’a pas donné le préavis requis par la loi, vise à protéger les employés des effets néfastes du bouleversement économique que l’absence d’une possibilité de chercher un autre emploi peut entraîner. (Innis Christie, Geoffrey England et Brent Cotter, *Employment Law in Canada* (2^e éd. 1993), aux pp. 572 à 581.)

De même, l’art. 40a, qui prévoit l’indemnité de cessation d’emploi, vient indemniser les employés ayant beaucoup d’années de service pour ces années investies dans l’entreprise de l’employeur et pour les pertes spéciales qu’ils subissent lorsqu’ils sont licenciés. Dans l’arrêt *R. c. TNT Canada Inc.* (1996), 27 O.R. (3d) 546, le juge Robins a cité en les approuvant, aux pp. 556 et 557, les propos tenus par D. D. Carter dans le cadre d’une décision rendue en matière de normes d’emploi dans *Re Telegram Publishing Co. c. Zwelling* (1972), 1 L.A.C. (2d) 1 (Ont.), à la p. 19, où il a décrit ainsi le rôle de l’indemnité de cessation d’emploi:

[TRADUCTION] L’indemnité de cessation d’emploi reconnaît qu’un employé fait un investissement dans l’entreprise de son employeur — l’importance de cet investis-

the employee's service. This investment is the seniority that the employee builds up during his years of service. . . . Upon termination of the employment relationship, this investment of years of service is lost, and the employee must start to rebuild seniority at another place of work. The severance pay, based on length of service, is some compensation for this loss of investment.

In my opinion, the consequences or effects which result from the Court of Appeal's interpretation of ss. 40 and 40a of the *ESA* are incompatible with both the object of the Act and with the object of the termination and severance pay provisions themselves. It is a well established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences. According to *Côté, supra*, an interpretation can be considered absurd if it leads to ridiculous or frivolous consequences, if it is extremely unreasonable or inequitable, if it is illogical or incoherent, or if it is incompatible with other provisions or with the object of the legislative enactment (at pp. 378-80). Sullivan echoes these comments noting that a label of absurdity can be attached to interpretations which defeat the purpose of a statute or render some aspect of it pointless or futile (Sullivan, *Construction of Statutes, supra*, at p. 88).

The trial judge properly noted that, if the *ESA* termination and severance pay provisions do not apply in circumstances of bankruptcy, those employees "fortunate" enough to have been dismissed the day before a bankruptcy would be entitled to such payments, but those terminated on the day the bankruptcy becomes final would not be so entitled. In my view, the absurdity of this consequence is particularly evident in a unionized workplace where seniority is a factor in determining the order of lay-off. The more senior the employee, the larger the investment he or she has made in the employer and the greater the entitlement to termination and severance pay. However, it is the more senior personnel who are likely to be employed up

sement étant liée directement à la durée du service de l'employé. Cet investissement est l'ancienneté que l'employé acquiert durant ses années de service [. . .] À la fin de la relation entre l'employeur et l'employé, cet investissement est perdu et l'employé doit recommencer à acquérir de l'ancienneté dans un autre lieu de travail. L'indemnité de cessation d'emploi, fondée sur les années de service, compense en quelque sorte cet investissement perdu.

À mon avis, les conséquences ou effets qui résultent de l'interprétation que la Cour d'appel a donnée des art. 40 et 40a de la *LNE* ne sont compatibles ni avec l'objet de la Loi ni avec l'objet des dispositions relatives à l'indemnité de licenciement et à l'indemnité de cessation d'emploi elles-mêmes. Selon un principe bien établi en matière d'interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes. D'après *Côté, op. cit.*, on qualifiera d'absurde une interprétation qui mène à des conséquences ridicules ou futiles, si elle est extrêmement déraisonnable ou inéquitable, si elle est illogique ou incohérente, ou si elle est incompatible avec d'autres dispositions ou avec l'objet du texte législatif (aux pp. 430 à 432). Sullivan partage cet avis en faisant remarquer qu'on peut qualifier d'absurdes les interprétations qui vont à l'encontre de la fin d'une loi ou en rendent un aspect inutile ou futile (Sullivan, *Construction of Statutes, op. cit.*, à la p. 88).

Le juge de première instance a noté à juste titre que, si les dispositions relatives à l'indemnité de licenciement et à l'indemnité de cessation d'emploi de la *LNE* ne s'appliquent pas en cas de faillite, les employés qui auraient eu la «chance» d'être congédiés la veille de la faillite auraient droit à ces indemnités, alors que ceux qui perdraient leur emploi le jour où la faillite devient définitive n'y auraient pas droit. À mon avis, l'absurdité de cette conséquence est particulièrement évidente dans les milieux syndiqués où les mises à pied se font selon l'ancienneté. Plus un employé a de l'ancienneté, plus il a investi dans l'entreprise de l'employeur et plus son droit à une indemnité de licenciement et à une indemnité de cessation d'emploi est fondé. Pourtant, c'est le personnel ayant le plus d'ancienneté qui risque de travailler

27

28

until the time of the bankruptcy and who would thereby lose their entitlements to these payments.

29 If the Court of Appeal's interpretation of the termination and severance pay provisions is correct, it would be acceptable to distinguish between employees merely on the basis of the timing of their dismissal. It seems to me that such a result would arbitrarily deprive some employees of a means to cope with the economic dislocation caused by unemployment. In this way the protections of the *ESA* would be limited rather than extended, thereby defeating the intended working of the legislation. In my opinion, this is an unreasonable result.

30 In addition to the termination and severance pay provisions, both the appellants and the respondent relied upon various other sections of the *ESA* to advance their arguments regarding the intention of the legislature. In my view, although the majority of these sections offer little interpretive assistance, one transitional provision is particularly instructive. In 1981, s. 2(1) of the *ESAA* introduced s. 40a, the severance pay provision, to the *ESA*. Section 2(2) deemed that provision to come into force on January 1, 1981. Section 2(3), the transitional provision in question provided as follows:

2. . . .

(3) Section 40a of the said Act does not apply to an employer who became a bankrupt or an insolvent person within the meaning of the *Bankruptcy Act* (Canada) and whose assets have been distributed among his creditors or to an employer whose proposal within the meaning of the *Bankruptcy Act* (Canada) has been accepted by his creditors in the period from and including the 1st day of January, 1981, to and including the day immediately before the day this Act receives Royal Assent.

31 The Court of Appeal found that it was neither necessary nor appropriate to determine the intention of the legislature in enacting this provisional

jusqu'au moment de la faillite et de perdre ainsi le droit d'obtenir ces indemnités.

Si l'interprétation que la Cour d'appel a donnée des dispositions relatives à l'indemnité de licenciement et de l'indemnité de cessation d'emploi est correcte, il serait acceptable d'établir une distinction entre les employés en se fondant simplement sur la date de leur congédiement. Il me semble qu'un tel résultat priverait arbitrairement certains employés d'un moyen de faire face au bouleversement économique causé par le chômage. De cette façon, les protections de la *LNE* seraient limitées plutôt que d'être étendues, ce qui irait à l'encontre de l'objectif que voulait atteindre le législateur. À mon avis, c'est un résultat déraisonnable.

En plus des dispositions relatives à l'indemnité de licenciement et de l'indemnité de cessation d'emploi, tant les appelants que l'intimée ont invoqué divers autres articles de la *LNE* pour appuyer les arguments avancés au sujet de l'intention du législateur. Selon moi, bien que la plupart de ces dispositions ne soient d'aucune utilité en ce qui concerne l'interprétation, il est une disposition transitoire particulièrement révélatrice. En 1981, le par. 2(1) de l'*ESAA* a introduit l'art. 40a, la disposition relative à l'indemnité de cessation d'emploi. En application du par. 2(2), cette disposition entrait en vigueur le 1^{er} janvier 1981. Le paragraphe 2(3), la disposition transitoire en question, était ainsi conçue:

[TRADUCTION]

2. . . .

(3) L'article 40a de la loi ne s'applique pas à l'employeur qui a fait faillite ou est devenu insolvable au sens de la *Loi sur la faillite* (Canada) et dont les biens ont été distribués à ses créanciers ou à l'employeur dont la proposition au sens de la *Loi sur la faillite* (Canada) a été acceptée par ses créanciers pendant la période qui commence le 1^{er} janvier 1981 et se termine le jour précédant immédiatement celui où la présente loi a reçu la sanction royale inclusivement.

La Cour d'appel a conclu qu'il n'était ni nécessaire ni approprié de déterminer l'intention qu'avait le législateur en adoptant ce paragraphe

subsection. Nevertheless, the court took the position that the intention of the legislature as evidenced by the introductory words of ss. 40 and 40a was clear, namely, that termination by reason of a bankruptcy will not trigger the severance and termination pay obligations of the *ESA*. The court held that this intention remained unchanged by the introduction of the transitional provision. With respect, I do not agree with either of these findings. Firstly, in my opinion, the use of legislative history as a tool for determining the intention of the legislature is an entirely appropriate exercise and one which has often been employed by this Court (see, e.g., *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469, at p. 487; *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621, at pp. 635, 653 and 660). Secondly, I believe that the transitional provision indicates that the Legislature intended that termination and severance pay obligations should arise upon an employers' bankruptcy.

In my view, by extending an exemption to employers who became bankrupt and lost control of their assets between the coming into force of the amendment and its receipt of royal assent, s. 2(3) necessarily implies that the severance pay obligation does in fact extend to bankrupt employers. It seems to me that, if this were not the case, no readily apparent purpose would be served by this transitional provision.

I find support for my conclusion in the decision of Saunders J. in *Royal Dressed Meats Inc.*, *supra*. Having reviewed s. 2(3) of the *ESAA*, he commented as follows (at p. 89):

... any doubt about the intention of the Ontario Legislature has been put to rest, in my opinion, by the transitional provision which introduced severance payments into the *E.S.A.* ... it seems to me an inescapable inference that the legislature intended liability for severance payments to arise on a bankruptcy. That intention would, in my opinion, extend to termination payments which are similar in character.

This interpretation is also consistent with statements made by the Minister of Labour at the time

provisoire. Néanmoins, la cour a estimé que l'intention du législateur, telle qu'elle ressort des premiers mots des art. 40 et 40a, était claire, à savoir que la cessation d'emploi résultant de la faillite ne fera pas naître l'obligation de verser l'indemnité de cessation d'emploi et l'indemnité de licenciement qui est prévue par la *LNE*. La cour a jugé que cette intention restait inchangée à la suite de l'adoption de la disposition transitoire. Je ne puis souscrire ni à l'une ni à l'autre de ces conclusions. En premier lieu, à mon avis, l'examen de l'historique législatif pour déterminer l'intention du législateur est tout à fait approprié et notre Cour y a eu souvent recours (voir, par ex., *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469, à la p. 487; *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621, aux pp. 635, 653 et 660). En second lieu, je crois que la disposition transitoire indique que le législateur voulait que l'obligation de verser une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi prenne naissance lorsque l'employeur fait faillite.

À mon avis, en raison de l'exemption accordée au par. 2(3) aux employeurs qui ont fait faillite et ont perdu la maîtrise de leurs biens entre le moment où les modifications sont entrées en vigueur et celui où elles ont reçu la sanction royale, il faut nécessairement que les employeurs faisant faillite soient de fait assujettis à l'obligation de verser une indemnité de cessation d'emploi. Selon moi, si tel n'était pas le cas, cette disposition transitoire semblerait ne poursuivre aucune fin.

Je m'appuie sur la décision rendue par le juge Saunders dans l'affaire *Royal Dressed Meats Inc.*, précitée. Après avoir examiné le par. 2(3) de l'*ESAA*, il fait l'observation suivante (à la p. 89):

[TRADUCTION] ... tout doute au sujet de l'intention du législateur ontarien est dissipé, à mon avis, par la disposition transitoire qui introduit les indemnités de cessation d'emploi dans la *L.N.E.* [...] Il me semble qu'il faut conclure que le législateur voulait que l'obligation de verser des indemnités de cessation d'emploi prenne naissance au moment de la faillite. Selon moi, cette intention s'étend aux indemnités de licenciement qui sont de nature analogue.

Cette interprétation est également compatible avec les déclarations faites par le ministre du

32

33

34

he introduced the 1981 amendments to the *ESA*. With regard to the new severance pay provision he stated:

The circumstances surrounding a closure will govern the applicability of the severance pay legislation in some defined situations. For example, a bankrupt or insolvent firm will still be required to pay severance pay to employees to the extent that assets are available to satisfy their claims.

... the proposed severance pay measures will, as I indicated earlier, be retroactive to January 1 of this year. That retroactive provision, however, will not apply in those cases of bankruptcy and insolvency where the assets have already been distributed or where an agreement on a proposal to creditors has already been reached.

(*Legislature of Ontario Debates*, 1st sess., 32nd Parl., June 4, 1981, at pp. 1236-37.)

Moreover, in the legislative debates regarding the proposed amendments the Minister stated:

For purposes of retroactivity, severance pay will not apply to bankruptcies under the Bankruptcy Act where assets have been distributed. However, once this act receives royal assent, employees in bankruptcy closures will be covered by the severance pay provisions.

(*Legislature of Ontario Debates*, 1st sess., 32nd Parl., June 16, 1981, at p. 1699.)

35

Although the frailties of Hansard evidence are many, this Court has recognized that it can play a limited role in the interpretation of legislation. Writing for the Court in *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 484, Sopinka J. stated:

... until recently the courts have balked at admitting evidence of legislative debates and speeches. . . . The main criticism of such evidence has been that it cannot represent the "intent" of the legislature, an incorporeal body, but that is equally true of other forms of legisla-

Travail au moment de l'introduction des modifications apportées à la *LNE* en 1981. Au sujet de la nouvelle disposition relative à l'indemnité de cessation d'emploi, il a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Les circonstances entourant une fermeture régissent l'applicabilité de la législation en matière d'indemnité de cessation d'emploi dans certains cas précis. Par exemple, une société insolvable ou en faillite sera encore tenue de verser l'indemnité de cessation d'emploi aux employés dans la mesure où il y a des biens pour acquitter leurs réclamations.

... les mesures proposées en matière d'indemnité de cessation d'emploi seront, comme je l'ai mentionné précédemment, rétroactives au 1^{er} janvier de cette année. Cette disposition rétroactive, toutefois, ne s'appliquera pas en matière de faillite et d'insolvabilité dans les cas où les biens ont déjà été distribués ou lorsqu'une entente est déjà intervenue au sujet de la proposition des créanciers.

(*Legislature of Ontario Debates*, 1^{re} sess., 32^e Lég., 4 juin 1981, aux pp. 1236 et 1237.)

De plus, au cours des débats parlementaires sur les modifications proposées, le ministre a déclaré:

[TRADUCTION] En ce qui a trait à la rétroactivité, l'indemnité de cessation d'emploi ne s'appliquera pas aux faillites régies par la Loi sur la faillite lorsque les biens ont été distribués. Cependant, lorsque la présente loi aura reçu la sanction royale, les employés visés par des fermetures entraînées par des faillites seront visés par les dispositions relatives à l'indemnité de cessation d'emploi.

(*Legislature of Ontario Debates*, 1^{re} sess., 32^e Lég., 16 juin 1981, à la p. 1699.)

Malgré les nombreuses lacunes de la preuve des débats parlementaires, notre Cour a reconnu qu'elle peut jouer un rôle limité en matière d'interprétation législative. S'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, à la p. 484, le juge Sopinka a dit:

... jusqu'à récemment, les tribunaux ont hésité à admettre la preuve des débats et des discours devant le corps législatif. [...] La principale critique dont a été l'objet ce type de preuve a été qu'elle ne saurait représenter «l'intention» de la législature, personne morale, mais

tive history. Provided that the court remains mindful of the limited reliability and weight of Hansard evidence, it should be admitted as relevant to both the background and the purpose of legislation.

Finally, with regard to the scheme of the legislation, since the *ESA* is a mechanism for providing minimum benefits and standards to protect the interests of employees, it can be characterized as benefits-conferring legislation. As such, according to several decisions of this Court, it ought to be interpreted in a broad and generous manner. Any doubt arising from difficulties of language should be resolved in favour of the claimant (see, e.g., *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, at p. 10; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 537). It seems to me that, by limiting its analysis to the plain meaning of ss. 40 and 40a of the *ESA*, the Court of Appeal adopted an overly restrictive approach that is inconsistent with the scheme of the Act.

The Court of Appeal's reasons relied heavily upon the decision in *Malone Lynch*, *supra*. In *Malone Lynch*, Houlden J. held that s. 13, the group termination provision of the former *ESA*, R.S.O. 1970, c. 147, and the predecessor to s. 40 at issue in the present case, was not applicable where termination resulted from the bankruptcy of the employer. Section 13(2) of the *ESA* then in force provided that, if an employer wishes to terminate the employment of 50 or more employees, the employer must give notice of termination for the period prescribed in the regulations, "and until the expiry of such notice the terminations shall not take effect". Houlden J. reasoned that termination of employment through bankruptcy could not trigger the termination payment provision, as employees in this situation had not received the written notice required by the statute, and therefore could not be said to have been terminated in accordance with the Act.

Two years after *Malone Lynch* was decided, the 1970 *ESA* termination pay provisions were

c'est aussi vrai pour d'autres formes de contexte d'adoption d'une loi. À la condition que le tribunal n'oublie pas que la fiabilité et le poids des débats parlementaires sont limités, il devrait les admettre comme étant pertinents quant au contexte et quant à l'objet du texte législatif.

Enfin, en ce qui concerne l'économie de la loi, puisque la *LNE* constitue un mécanisme prévoyant des normes et des avantages minimaux pour protéger les intérêts des employés, on peut la qualifier de loi conférant des avantages. À ce titre, conformément à plusieurs arrêts de notre Cour, elle doit être interprétée de façon libérale et généreuse. Tout doute découlant de l'ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du demandeur (voir, par ex., *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, à la p. 10; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 537). Il me semble que, en limitant cette analyse au sens ordinaire des art. 40 et 40a de la *LNE*, la Cour d'appel a adopté une méthode trop restrictive qui n'est pas compatible avec l'économie de la Loi.

La Cour d'appel s'est fortement appuyée sur la décision rendue dans *Malone Lynch*, précité. Dans cette affaire, le juge Houlden a conclu que l'art. 13, la disposition relative aux mesures de licenciement collectif de l'ancienne *ESA*, R.S.O. 1970, ch. 147, qui a été remplacée par l'art. 40 en cause dans le présent pourvoi, n'était pas applicable lorsque la cessation d'emploi résultait de la faillite de l'employeur. Le paragraphe 13(2) de l'*ESA* alors en vigueur prévoyait que, si un employeur voulait licencier 50 employés ou plus, il devait donner un préavis de licenciement dont la durée était prévue par règlement [TRADUCTION] «et les licenciements ne prenaient effet qu'à l'expiration de ce délai». Le juge Houlden a conclu que la cessation d'emploi résultant de la faillite ne pouvait entraîner l'application de la disposition relative à l'indemnité de licenciement car les employés placés dans cette situation n'avaient pas reçu le préavis écrit requis par la loi et ne pouvaient donc pas être considérés comme ayant été licenciés conformément à la Loi.

Deux ans après que la décision *Malone Lynch* eut été prononcée, les dispositions relatives à l'in-

36

37

38

amended by *The Employment Standards Act, 1974*, S.O. 1974, c. 112. As amended, s. 40(7) of the 1974 *ESA* eliminated the requirement that notice be given before termination can take effect. This provision makes it clear that termination pay is owing where an employer fails to give notice of termination and that employment terminates irrespective of whether or not proper notice has been given. Therefore, in my opinion it is clear that the *Malone Lynch* decision turned on statutory provisions which are materially different from those applicable in the instant case. It seems to me that Houlden J.'s holding goes no further than to say that the provisions of the 1970 *ESA* have no application to a bankrupt employer. For this reason, I do not accept the *Malone Lynch* decision as persuasive authority for the Court of Appeal's findings. I note that the courts in *Royal Dressed Meats, supra*, and *British Columbia (Director of Employment Standards) v. Eland Distributors Ltd. (Trustee of)* (1996), 40 C.B.R. (3d) 25 (B.C.S.C.), declined to rely upon *Malone Lynch* based upon similar reasoning.

39 The Court of Appeal also relied upon *Re Kemp Products Ltd., supra*, for the proposition that although the employment relationship will terminate upon an employer's bankruptcy, this does not constitute a "dismissal". I note that this case did not arise under the provisions of the *ESA*. Rather, it turned on the interpretation of the term "dismissal" in what the complainant alleged to be an employment contract. As such, I do not accept it as authoritative jurisprudence in the circumstances of this case. For the reasons discussed above, I also disagree with the Court of Appeal's reliance on *Mills-Hughes v. Raynor* (1988), 63 O.R. (2d) 343 (C.A.), which cited the decision in *Malone Lynch, supra*, with approval.

40 As I see the matter, when the express words of ss. 40 and 40a of the *ESA* are examined in their entire context, there is ample support for the con-

demnité de licenciement de l'*ESA* de 1970 ont été modifiées par *The Employment Standards Act, 1974*, S.O. 1974, ch. 112. Dans la version modifiée du par. 40(7) de l'*ESA* de 1974, il n'était plus nécessaire qu'un préavis soit donné avant que le licenciement puisse produire ses effets. Cette disposition vient préciser que l'indemnité de licenciement doit être versée lorsqu'un employeur omet de donner un préavis de licenciement et qu'il y a cessation d'emploi, indépendamment du fait qu'un préavis régulier ait été donné ou non. Il ne fait aucun doute selon moi que la décision *Malone Lynch* portait sur des dispositions législatives très différentes de celles qui sont applicables en l'espèce. Il me semble que la décision du juge Houlden a une portée limitée, soit que les dispositions de l'*ESA* de 1970 ne s'appliquent pas à un employeur en faillite. Pour cette raison, je ne reconnais à la décision *Malone Lynch* aucune valeur persuasive qui puisse étayer les conclusions de la Cour d'appel. Je souligne que les tribunaux dans *Royal Dressed Meats, précité*, et *British Columbia (Director of Employment Standards) c. Eland Distributors Ltd. (Trustee of)* (1996), 40 C.B.R. (3d) 25 (C.S.C.-B.), ont refusé de se fonder sur *Malone Lynch* en invoquant des raisons similaires.

La Cour d'appel a également invoqué *Re Kemp Products Ltd., précité*, à l'appui de la proposition selon laquelle, bien que la relation entre l'employeur et l'employé se termine à la faillite de l'employeur, cela ne constitue pas un «congédiement». Je note que ce litige n'est pas fondé sur les dispositions de la *LNE*. Il portait plutôt sur l'interprétation du terme «congédiement» dans le cadre de ce que le plaignant alléguait être un contrat de travail. J'estime donc que cette décision ne fait pas autorité dans les circonstances de l'espèce. Pour les raisons exposées ci-dessus, je ne puis accepter non plus que la Cour d'appel se fonde sur l'arrêt *Mills-Hughes c. Raynor* (1988), 63 O.R. (2d) 343 (C.A.), qui citait la décision *Malone Lynch, précitée*, et l'approuvait.

Selon moi, l'examen des termes exprès des art. 40 et 40a de la *LNE*, replacés dans leur contexte global, permet largement de conclure que les

clusion that the words “terminated by the employer” must be interpreted to include termination resulting from the bankruptcy of the employer. Using the broad and generous approach to interpretation appropriate for benefits-conferring legislation, I believe that these words can reasonably bear that construction (see *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025). I also note that the intention of the Legislature as evidenced in s. 2(3) of the *ESAA*, clearly favours this interpretation. Further, in my opinion, to deny employees the right to claim *ESA* termination and severance pay where their termination has resulted from their employer’s bankruptcy, would be inconsistent with the purpose of the termination and severance pay provisions and would undermine the object of the *ESA*, namely, to protect the interests of as many employees as possible.

In my view, the impetus behind the termination of employment has no bearing upon the ability of the dismissed employee to cope with the sudden economic dislocation caused by unemployment. As all dismissed employees are equally in need of the protections provided by the *ESA*, any distinction between employees whose termination resulted from the bankruptcy of their employer and those who have been terminated for some other reason would be arbitrary and inequitable. Further, I believe that such an interpretation would defeat the true meaning, intent and spirit of the *ESA*. Therefore, I conclude that termination as a result of an employer’s bankruptcy does give rise to an unsecured claim provable in bankruptcy pursuant to s. 121 of the *BA* for termination and severance pay in accordance with ss. 40 and 40*a* of the *ESA*. Because of this conclusion, I do not find it necessary to address the alternative finding of the trial judge as to the applicability of s. 7(5) of the *ESA*.

I note that subsequent to the Rizzo bankruptcy, the termination and severance pay provisions of the *ESA* underwent another amendment. Sections

mots «l’employeur licencié» doivent être interprétés de manière à inclure la cessation d’emploi résultant de la faillite de l’employeur. Adoptant l’interprétation libérale et généreuse qui convient aux lois conférant des avantages, j’estime que ces mots peuvent raisonnablement recevoir cette interprétation (voir *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025). Je note également que l’intention du législateur, qui ressort du par. 2(3) de l’*ESAA*, favorise clairement cette interprétation. Au surplus, à mon avis, priver des employés du droit de réclamer une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d’emploi en application de la *LNE* lorsque la cessation d’emploi résulte de la faillite de leur employeur serait aller à l’encontre des fins visées par les dispositions relatives à l’indemnité de licenciement et à l’indemnité de cessation d’emploi et minerait l’objet de la *LNE*, à savoir protéger les intérêts du plus grand nombre d’employés possible.

À mon avis, les raisons qui motivent la cessation d’emploi n’ont aucun rapport avec la capacité de l’employé congédié de faire face au bouleversement économique soudain causé par le chômage. Comme tous les employés congédiés ont également besoin des protections prévues par la *LNE*, toute distinction établie entre les employés qui perdent leur emploi en raison de la faillite de leur employeur et ceux qui ont été licenciés pour quelque autre raison serait arbitraire et inéquitable. De plus, je pense qu’une telle interprétation irait à l’encontre des sens, intention et esprit véritables de la *LNE*. Je conclus donc que la cessation d’emploi résultant de la faillite de l’employeur donne effectivement naissance à une réclamation non garantie prouvable en matière de faillite au sens de l’art. 121 de la *LF* en vue d’obtenir une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d’emploi en conformité avec les art. 40 et 40*a* de la *LNE*. En raison de cette conclusion, j’estime inutile d’examiner l’autre conclusion tirée par le juge de première instance quant à l’applicabilité du par. 7(5) de la *LNE*.

Je fais remarquer qu’après la faillite de Rizzo, les dispositions relatives à l’indemnité de licenciement et à l’indemnité de cessation d’emploi de la

74(1) and 75(1) of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, amend those provisions so that they now expressly provide that where employment is terminated by operation of law as a result of the bankruptcy of the employer, the employer will be deemed to have terminated the employment. However, s. 17 of the *Interpretation Act* directs that, “[t]he repeal or amendment of an Act shall be deemed not to be or to involve any declaration as to the previous state of the law”. As a result, I note that the subsequent change in the legislation has played no role in determining the present appeal.

6. Disposition and Costs

43

I would allow the appeal and set aside paragraph 1 of the order of the Court of Appeal. In lieu thereof, I would substitute an order declaring that Rizzo’s former employees are entitled to make claims for termination pay (including vacation pay due thereon) and severance pay as unsecured creditors. As to costs, the Ministry of Labour led no evidence regarding what effort it made in notifying or securing the consent of the Rizzo employees before it discontinued its application for leave to appeal to this Court on their behalf. In light of these circumstances, I would order that the costs in this Court be paid to the appellant by the Ministry on a party-and-party basis. I would not disturb the orders of the courts below with respect to costs.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Sack, Goldblatt, Mitchell, Toronto.

Solicitors for the respondent: Minden, Gross, Grafstein & Greenstein, Toronto.

Solicitor for the Ministry of Labour for the Province of Ontario, Employment Standards Branch: The Attorney General for Ontario, Toronto.

LNE ont été modifiées à nouveau. Les paragraphes 74(1) et 75(1) de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l’emploi*, L.O. 1995, ch. 1, ont apporté des modifications à ces dispositions qui prévoient maintenant expressément que, lorsque la cessation d’emploi résulte de l’effet de la loi à la suite de la faillite de l’employeur, ce dernier est réputé avoir licencié ses employés. Cependant, comme l’art. 17 de la *Loi d’interprétation* dispose que «[l]’abrogation ou la modification d’une loi n’est pas réputée constituer ou impliquer une déclaration portant sur l’état antérieur du droit», je précise que la modification apportée subséquentement à la loi n’a eu aucune incidence sur la solution apportée au présent pourvoi.

6. Dispositif et dépens

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’annuler le premier paragraphe de l’ordonnance de la Cour d’appel. Je suis d’avis d’y substituer une ordonnance déclarant que les anciens employés de Rizzo ont le droit de présenter des demandes d’indemnité de licenciement (y compris la paie de vacances due) et d’indemnité de cessation d’emploi en tant que créanciers ordinaires. Quant aux dépens, le ministère du Travail n’ayant produit aucun élément de preuve concernant les efforts qu’il a faits pour informer les employés de Rizzo ou obtenir leur consentement avant de se désister de sa demande d’autorisation de pourvoi auprès de notre Cour en leur nom, je suis d’avis d’ordonner que les dépens devant notre Cour soient payés aux appelants par le ministère sur la base des frais entre parties. Je suis d’avis de ne pas modifier les ordonnances des juridictions inférieures à l’égard des dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Sack, Goldblatt, Mitchell, Toronto.

Procureurs de l’intimée: Minden, Gross, Grafstein & Greenstein, Toronto.

Procureur du ministère du Travail de la province d’Ontario, Direction des normes d’emploi: Le procureur général de l’Ontario, Toronto.

Terence Lawrence Caslake *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario,
the Attorney General of Quebec,
the Attorney General of Nova Scotia,
the Attorney General for New Brunswick,
the Attorney General of British Columbia
and the Attorney General for
Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CASLAKE

File No.: 25023.

1997: November 10; 1998: January 22.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,
Cory, McLachlin, Major and Bastarache JJ.

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

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Inventory search of accused's car following lawful arrest — Search conducted pursuant to police policy and without warrant or permission — Whether search infringing Charter right to freedom from unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Evidence seized as result of inventory search of accused's car following lawful arrest — Search conducted pursuant to police policy and without warrant or permission — Whether evidence found in search in violation of Charter admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

An RCMP officer, several hours after arresting the accused for possession of narcotics, conducted an inventory search of the accused's impounded car pursuant to

Terence Lawrence Caslake *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Québec, le procureur
général de la Nouvelle-Écosse, le procureur
général du Nouveau-Brunswick, le
procureur général de la Colombie-
Britannique et le procureur général de
l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. CASLAKE

N° du greffe: 25023.

1997: 10 novembre; 1998: 22 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille de l'automobile de l'accusé effectuée à des fins d'inventaire à la suite d'une arrestation légale — Fouille effectuée conformément à une politique de la police et sans mandat de perquisition ni permission — La fouille a-t-elle porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Saisie d'éléments de preuve résultant d'une fouille de l'automobile de l'accusé effectuée à des fins d'inventaire à la suite d'une arrestation légale — Fouille effectuée conformément à une politique de la police et sans mandat de perquisition ni permission — Les éléments de preuve découverts lors de la fouille effectuée en violation de la Charte sont-ils admissibles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Plusieurs heures après avoir arrêté l'accusé pour possession de stupéfiants, un agent de la GRC a effectué, conformément à une politique de la police, une fouille à

police policy and found cash and two individual packages of cocaine. He did not have permission or a search warrant. The accused unsuccessfully appealed his conviction of possession of marijuana for the purposes of trafficking and of possession of cocaine. At issue here was whether the search of the car was consistent with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which guarantees the right to be secure against unreasonable search or seizure, and if not consistent, whether the evidence should have been admitted.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major J.J.: A search, to be reasonable under s. 8 of the *Charter*, must be authorized by law, the law itself must be reasonable, and the search must be carried out in a reasonable manner. Because a warrantless search has been held to be *prima facie* unreasonable, once the accused has demonstrated that the search was warrantless, the Crown has the burden of showing that the search was, on the balance of probabilities, reasonable.

Searches and seizures must be authorized by law and can fail to meet this requirement if any one of three conditions is not met. First, the state authority conducting the search must be able to point to a specific statute or common law rule that authorizes the search. Second, the search must be carried out in accordance with the procedural and substantive requirements the law provides. Third, a search must not exceed its scope as to area and as to the items for which the law has granted the authority to search.

If the law on which the Crown is relying for authorization is the common law doctrine of search incident to arrest, then the limits of this doctrine must be respected. The most important of these limits is that the search must be truly incidental to the arrest: the police must be able to explain, within the purposes recognized in the jurisprudence (protecting the police, protecting the evidence, discovering evidence) or by reference to some other valid purpose, why they conducted a search. They do not need reasonable and probable grounds. However, they must have subjectively had some reason related to the arrest for conducting the search at the time the search was carried out, and that reason must be objectively reasonable. Delay and distance do not automati-

des fins d'inventaire de l'automobile saisie de l'accusé et a découvert une somme d'argent et deux paquets de cocaïne. Il a agi sans permission ni mandat de perquisition. L'accusé a sans succès interjeté appel contre sa déclaration de culpabilité de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et de possession de cocaïne. Il s'agit en l'espèce de déterminer si la fouille de l'automobile était compatible avec l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives et, en cas d'incompatibilité, de déterminer si les éléments recueillis auraient dû être admis en preuve.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Pour ne pas être abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*, une fouille ou perquisition doit être autorisée par la loi, la loi elle-même doit n'avoir rien d'abusif, et la fouille ou perquisition ne doit pas être effectuée d'une manière abusive. Parce qu'il a été statué qu'une fouille ou perquisition sans mandat est abusive à première vue, une fois que l'accusé a démontré que la fouille ou perquisition a été effectuée sans mandat, il appartient au ministère public de montrer qu'elle n'était pas abusive, selon la prépondérance des probabilités.

Il faut que la fouille ou perquisition soit autorisée par la loi et il se peut qu'elle ne satisfasse pas à cette exigence si l'une des trois conditions suivantes n'est pas remplie. Premièrement, le mandataire de l'État qui effectue la fouille ou perquisition doit être en mesure d'indiquer une loi ou règle de common law particulière qui autorise la fouille ou perquisition. Deuxièmement, la fouille ou perquisition doit être effectuée conformément aux exigences procédurales et substantielles que la loi prescrit. Troisièmement, l'étendue de la fouille ou perquisition est limitée au secteur et aux objets à l'égard desquels elle est autorisée par la loi.

Si la loi que le ministère public invoque est la règle de common law de la fouille accessoire à une arrestation, il lui faut alors respecter les conditions de cette règle. La plus importante de ces conditions est que la fouille soit véritablement accessoire à l'arrestation: les policiers doivent pouvoir expliquer, en fonction des objectifs reconnus dans la jurisprudence (protection des policiers et de la preuve, et découverte d'éléments de preuve), ou de tout autre objectif valable, pourquoi ils ont procédé à une fouille. Ils n'ont pas besoin de motifs raisonnables et probables. Cependant, ils devaient avoir subjectivement un motif lié à l'arrestation pour procéder à la fouille au moment où ils l'ont effectuée, et ce motif doit être objectivement raisonnable. Les questions du

cally preclude a search from being incidental to arrest, but they may cause the court to draw a negative inference. That inference may be rebutted by a proper explanation.

A police search of the car for the purpose of finding evidence which could be used at the accused's trial on the charge of possessing marijuana for purposes of trafficking would have been well within the scope of the search incident to arrest power, as there was clearly sufficient circumstantial evidence to justify a search. However, the police cannot rely on the fact that, objectively, a legitimate purpose for the search existed when that is not the purpose for which they searched. Agents of the state must act in accordance with the rule of law. Hence, they must not only objectively search within the permissible scope but also turn their mind to this scope before searching, and satisfy themselves that there is a valid purpose for the search. Here, the purpose of the search was to inventory the contents of the vehicle which falls outside the bounds of the legitimate purposes of search incident to arrest.

The delay in searching the vehicle was not, in and of itself, problematic.

The evidence should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. First, the evidence was non-conscriptive and would have no effect on the fairness of the trial. Second, the breach was not serious. The inobtrusiveness of the search, the individual's low expectation of privacy in the area searched, the existence of reasonable and probable grounds and the good faith of the police all pointed in favour of admitting the evidence. Finally, excluding the evidence would have a more serious impact on the repute of the administration of justice than admitting it for the prosecution had no case without the evidence.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.: The search, given that the arrest was lawful, was incidental to the arrest because it was related, subordinated, to the arrest, rather than the arrest's being incidental to the search. The common law right to search incidentally to an arrest extends to an accused's vehicle as part of the accused's immediate surroundings. The question of

délai et de la distance n'empêchent pas automatiquement une fouille d'être accessoire à une arrestation, mais elles peuvent amener la cour à tirer une conclusion défavorable. Cette conclusion peut être réfutée au moyen d'une explication appropriée.

Une fouille de l'automobile par la police, destinée à y trouver des éléments de preuve susceptibles d'être utilisés au procès que l'accusé subirait relativement à l'accusation de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic, aurait été tout à fait conforme au pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, étant donné que la preuve circonstancielle était nettement suffisante pour justifier une fouille. Cependant, les policiers ne peuvent pas invoquer le fait que, objectivement, il existait un motif légitime de procéder à la fouille, alors que ce n'est pas le motif pour lequel ils ont procédé à cette fouille. Les mandataires de l'État doivent respecter la primauté du droit. Partant, ils doivent non seulement fouiller objectivement dans les limites acceptables, mais encore ils doivent avoir ces limites à l'esprit avant même de procéder à la fouille et s'assurer qu'ils ont un motif valable d'y procéder. En l'espèce, on a effectué la fouille dans le but d'inventorier le contenu du véhicule, ce qui excède les limites des objectifs légitimes d'une fouille accessoire à une arrestation.

Le délai écoulé avant que l'on procède à la fouille du véhicule ne pose aucun problème en soi.

Les éléments de preuve ne devraient pas être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Premièrement, les éléments de preuve n'ont pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et ils n'auraient aucune incidence sur l'équité du procès. Deuxièmement, la violation n'était pas grave. Le caractère non envahissant de la fouille, les faibles attentes en matière de vie privée de la personne dans le secteur où l'on a procédé à la fouille, l'existence de motifs raisonnables et probables et la bonne foi de la police favorisaient tous l'utilisation de la preuve. Finalement, l'exclusion des éléments de preuve aurait une incidence plus grave sur la considération dont jouit l'administration de la justice, que leur utilisation, car la poursuite ne disposait d'aucune preuve sans ces éléments.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache: Étant donné que l'arrestation était légale, la fouille était accessoire à l'arrestation parce qu'elle était liée et subordonnée à l'arrestation, et que l'arrestation n'était pas accessoire à la fouille. Le droit, reconnu en common law, de procéder à une fouille accessoire à une arrestation s'applique au véhicule d'un accusé, du fait qu'il fait

delay was immaterial for the search to qualify as "incidental".

Regardless of the police officer's subjective belief in the purpose and justification for his inventory search, the officer had the right to search the vehicle pursuant to the common law power of search incidental to an arrest in the circumstances of this case. This power draws its authority from the arrest itself. It is not necessary to establish reasonable and probable grounds independently to conduct a search incidental to an arrest. There was no onus on the Crown to establish at trial that the police officer was acting pursuant to a specific purpose recognized in the jurisprudence in order to establish that the search was truly incidental to the arrest.

The common law power to search incident to an arrest is not unreasonable and does not violate s. 8 of the *Charter* if it is consistent, in the circumstances, with the proper administration of justice. The issue must be whether the inventory search was truly incidental to the arrest and reasonably performed, and not whether the *Charter* was infringed because the police officer could have obtained a warrant. In the context of the surrounding circumstances, the search of the accused's vehicle was reasonable.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **referred to:** *R. v. Garcia* (1992), 72 C.C.C. (3d) 240; *R. v. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *R. v. Charlton* (1992), 15 B.C.A.C. 272; *R. v. Drapeau* (1993), 38 B.C.A.C. 237; *R. v. Leclerc* (1995), 163 N.B.R. (2d) 225; *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; *R. v. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9; *R. v. Speid* (1991), 8 C.R.R. (2d) 383; *R. v. Arason* (1992), 78 C.C.C. (3d) 1; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Belnavis* (1996), 107 C.C.C. (3d) 195, aff'd [1997] 3 S.C.R. 341; *South Dakota v. Opperman*, 428 U.S. 364 (1976).

By Bastarache J.

Considered: *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; **referred to:** *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *Lindley v. Rutter*, [1981] Q.B. 128.

partie de son entourage immédiat. La question du délai était sans importance pour ce qui était de qualifier d'«accessoire» la fouille.

Peu importe la conviction subjective du policier quant au but et à la justification de la fouille qu'il a effectuée à des fins d'inventaire, celui-ci avait le droit, dans les circonstances de la présente affaire, de fouiller le véhicule conformément au pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Ce pouvoir découle de l'arrestation même. Il n'est pas nécessaire d'établir indépendamment qu'il existe des motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Il n'incombait pas au ministère public d'établir, au procès, que le policier avait agi conformément à un objet précis reconnu dans la jurisprudence, afin de prouver que la fouille était vraiment accessoire à l'arrestation.

Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation n'est pas abusif et ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte* si, dans les circonstances, il est compatible avec une saine administration de la justice. La question est de savoir si la fouille effectuée à des fins d'inventaire était vraiment accessoire à l'arrestation et si elle n'a pas été effectuée de manière abusive, et non pas de savoir si la *Charte* a été violée parce que le policier aurait pu obtenir un mandat. Compte tenu des circonstances qui l'ont entourée, la fouille du véhicule de l'accusé n'était pas abusive.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés:** *R. c. Garcia* (1992), 72 C.C.C. (3d) 240; *R. c. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *R. c. Charlton* (1992), 15 B.C.A.C. 272; *R. c. Drapeau* (1993), 38 B.C.A.C. 237; *R. c. Leclerc* (1995), 163 R.N.-B. (2^e) 225; *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743; *R. c. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9; *R. c. Speid* (1991), 8 C.R.R. (2d) 383; *R. c. Arason* (1992), 78 C.C.C. (3d) 1; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Belnavis* (1996), 107 C.C.C. (3d) 195, conf. par [1997] 3 R.C.S. 341; *South Dakota c. Opperman*, 428 U.S. 364 (1976).

Citée par le juge Bastarache

Arrêt examiné: *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *Lindley c. Rutter*, [1981] Q.B. 128.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487 [am. c. 27 (1st Supp.)], s. 68; 1994, c. 44, s. 36; 1997, c. 18, s. 41, c. 23, s. 12], 494, 495 [am. c. 27 (1st Supp.)], s. 75].

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Report 24. *Search and Seizure*. Ottawa: The Commission, 1984.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 30. *Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*. Ottawa: The Commission, 1983.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1995), 107 Man. R. (2d) 24, 109 W.A.C. 24, 101 C.C.C. (3d) 240, 45 C.R. (4th) 98, [1995] M.J. No. 383 (QL), dismissing an appeal from conviction by Kennedy J. Appeal dismissed.

John A. MacIver and Donald Neil MacIver, for the appellant.

David G. Frayer, Q.C., and *Clyde R. Bond*, for the respondent.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Maurice Galarneau and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

William D. Delaney, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Graham J. Sleeth, Q.C., for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Gregory J. Fitch, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Jack Watson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.)], art. 68; 1994, ch. 44, art. 36; 1997, ch. 18, art. 41, ch. 23, art. 12], 494, 495 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.)], art. 75].

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 30. *Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*. Ottawa: La Commission, 1983.

Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*. Ottawa: La Commission, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1995), 107 Man. R. (2d) 24, 109 W.A.C. 24, 101 C.C.C. (3d) 240, 45 C.R. (4th) 98, [1995] M.J. No. 383 (QL), qui a rejeté un appel interjeté contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Kennedy. Pourvoi rejeté.

John A. MacIver et Donald Neil MacIver, pour l'appellant.

David G. Frayer, c.r., et *Clyde R. Bond*, pour l'intimée.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Maurice Galarneau et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

William D. Delaney, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Graham J. Sleeth, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Gregory J. Fitch, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Jack Watson, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

¹ This case provides an opportunity for the Court to clarify the principles governing the common law power of search incident to arrest. Although it is a topic which has been extremely well canvassed in the lower courts (see, among others, *R. v. Garcia* (1992), 72 C.C.C. (3d) 240 (Que. C.A.); *R. v. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136 (Ont. H.C.); *R. v. Charlton* (1992), 15 B.C.A.C. 272; *R. v. Drapeau* (1993), 38 B.C.A.C. 237; *R. v. Leclerc* (1995), 163 N.B.R. (2d) 225 (C.A.); *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743 (C.A.); *R. v. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9 (B.C.C.A.); *R. v. Speid* (1991), 8 C.R.R. (2d) 383 (Ont. C.A.)), this Court has not, until now, had the opportunity to expound on some of the principles L'Heureux-Dubé J. set out in *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158.

II. Facts

² The facts of this case are quite straightforward. The appellant's car was observed by the side of a highway outside Gimli, Manitoba by Natural Resources Officer Kamann. Officer Kamann parked behind the car, got out of his own vehicle, and saw the appellant in three to four-foot high grass, 30 to 40 feet off the roadway. Suspecting that he may be hunting, the officer asked the appellant what he was doing. The appellant replied that he was relieving himself in the bushes. After a short conversation, they returned to their respective vehicles and the appellant drove away. Officer Kamann then went to the area where he first observed the appellant and found a yellow garbage bag containing approximately nine pounds of marijuana wrapped in cellophane. He returned to his vehicle and contacted the RCMP to request backup. He then pursued and overtook the

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

La présente affaire donne à la Cour l'occasion de clarifier les principes qui régissent le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Bien qu'il s'agisse d'un sujet qui a été extrêmement bien étudié par les juridictions inférieures (voir, notamment, *R. c. Garcia* (1992), 72 C.C.C. (3d) 240 (C.A. Qué.); *R. c. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136 (H.C. Ont); *R. c. Charlton* (1992), 15 B.C.A.C. 272; *R. c. Drapeau* (1993), 38 B.C.A.C. 237; *R. c. Leclerc* (1995), 163 R.N.-B. (2^e) 225 (C.A.); *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743 (C.A.); *R. c. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9 (C.A.C.-B.); *R. c. Speid* (1991), 8 C.R.R. (2d) 383 (C.A. Ont.)), notre Cour n'avait pas eu, jusqu'à maintenant, l'occasion d'explicitier certains des principes dégagés par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158.

II. Les faits

Les faits de la présente affaire sont fort simples. L'agent Kamann, des Ressources naturelles, a remarqué la présence de l'automobile de l'appelant sur l'accotement d'une route, près de Gimli (Manitoba). L'agent Kamann s'est garé derrière cette automobile, est sorti de son véhicule et a aperçu l'appelant dans des hautes herbes de trois ou quatre pieds, à 30 ou 40 pieds de la route. Soupçonnant que l'appelant était en train de chasser, l'agent lui a demandé ce qu'il faisait. L'appelant a répondu qu'il était allé se soulager dans les buissons. Après une courte conversation, ils sont retournés à leurs véhicules respectifs et l'appelant est parti. L'agent s'est alors rendu dans le secteur où il avait d'abord aperçu l'appelant et y a découvert un sac à déchets jaune qui contenait environ neuf livres de marijuana emballée dans de la cellophane. Il est retourné à son véhicule et a communiqué avec la GRC pour obtenir du renfort. Il s'est ensuite lancé à la poursuite du véhicule de l'appelant, l'a

appellant's vehicle and arrested him for possession of narcotics.

A few minutes later, RCMP Constable Thomas Boyle arrived on the scene and took custody of the appellant. He took him to the RCMP detachment in Gimli and had his car towed to a garage across the street. Approximately six hours after the arrest, Constable Boyle went to the garage, unlocked the appellant's vehicle and searched it. He had neither a search warrant nor the appellant's permission to search the vehicle. He found \$1,400 in cash and two individual packages containing approximately 1/4 gram of cocaine each. According to his testimony, the search was conducted pursuant to an RCMP policy which requires that an inventory be taken of the condition and contents of a vehicle that has been impounded by the RCMP during the course of an investigation. The purpose of the policy, as explained by Constable Boyle, was to safeguard the valuables belonging to the owner of the vehicle and to note the general condition of the vehicle. He also testified that the sole reason he conducted the search was that it was required by the RCMP policy.

The appellant was convicted of possession of marijuana for the purposes of trafficking, and possession of cocaine. He appeals the latter conviction on the grounds that the search of his car was not reasonable under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the cocaine should not have been admitted into evidence under s. 24(2).

III. Courts Below

A. Manitoba Court of Queen's Bench

The trial judge found that the search of the car was not merely an "inventory search" as the police officer claimed. In his opinion, it was far too thorough for those limited purposes, as it included searching inside the glove compartment and under the seats. However, he held that it was a valid search incident to arrest. He cited L'Heureux-Dubé J.'s decision in *Cloutier* for the proposition that, upon arrest, the police have the

rattrapé et a arrêté l'appelant pour possession de stupéfiants.

Quelques minutes plus tard, l'agent Thomas Boyle, de la GRC, est arrivé sur les lieux et a pris l'appelant sous sa garde. Il l'a emmené au détachement de la GRC à Gimli et a fait remorquer son automobile jusqu'à un garage de l'autre côté de la rue. Environ six heures après l'arrestation, l'agent Boyle s'est rendu au garage, a déverrouillé le véhicule de l'appelant et l'a fouillé. Il n'était pas muni d'un mandat de perquisition et n'avait pas la permission de l'appelant pour fouiller le véhicule. Il a découvert 1 400 \$ en espèces et deux paquets contenant chacun environ 0,25 gramme de cocaïne. D'après son témoignage, la fouille a été effectuée conformément à une politique de la GRC qui exige qu'un inventaire soit dressé quant à l'état et au contenu d'un véhicule saisi par la GRC dans le cadre d'une enquête. Comme l'a expliqué l'agent Boyle, cette politique avait pour but de préserver les objets de valeur appartenant au propriétaire du véhicule et de constater l'état général du véhicule. Il a également témoigné qu'il n'avait effectué la fouille que parce qu'elle était requise par la politique de la GRC.

L'appelant a été déclaré coupable de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic, ainsi que de possession de cocaïne. Il se pourvoit contre cette dernière déclaration de culpabilité en faisant valoir que la fouille de son automobile était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que la cocaïne n'aurait pas dû être admise en preuve selon le par. 24(2).

III. Les juridictions inférieures

A. Cour du Banc de la Reine du Manitoba

Le juge du procès a conclu que la fouille de l'automobile n'était pas simplement une «fouille à des fins d'inventaire» comme le policier le prétendait. Selon lui, cette fouille avait été trop minutieuse pour n'avoir été effectuée qu'à ces fins limitées, du fait qu'elle comprenait la fouille du coffre à gants et une fouille sous les banquettes. Il a toutefois conclu à sa validité comme fouille accessoire à une arrestation. Il a cité les motifs du juge

power to search a person and his or her immediate surroundings for the purposes of guaranteeing the safety of the police and the suspect, preventing the suspect's escape, preserving evidence that may be lost or destroyed, or merely gathering evidence.

6 With respect to the delay between the arrest and the search, the trial judge accepted the police officer's testimony that the detachment was short staffed on the day of the arrest and that the delay was the result of the officer attending to other matters in respect of the arrest. He cited *Smellie, Charlton and Drapeau, supra*, and *R. v. Arason* (1992), 78 C.C.C. (3d) 1 (B.C.C.A.), to say that such a delay should not deny the police the opportunity to conduct a search of a vehicle. Moreover, he held that although the police officer did not subjectively believe he had reasonable and probable grounds for conducting a search, objectively such grounds existed. Hence, he was entitled to search the vehicle incidental to the arrest, notwithstanding the passage of time.

7 Having found that the search was reasonable, there was no need for the trial judge to consider s. 24(2). However, he held that even if the search had not been reasonable, he would have admitted the evidence, as its admission would not bring the administration of justice into disrepute.

B. Manitoba Court of Appeal (1995), 107 Man. R. (2d) 24

8 The main issue in the Court of Appeal which divided Helper J.A. (Huband J.A. concurring) and Lyon J.A. (dissenting on the substantive issue, but concurring in the result) was not the legality of the search of the appellant's car. Rather, it was the proper uses that could be made of the cocaine once it was admitted into evidence. Specifically, the appellant argued that the presence of cocaine in his car was irrelevant to the charge of possession of marijuana for the purposes of trafficking, and should not have been used as evidence of the appellant's guilt on this charge. The majority of

L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Cloutier* pour affirmer que, lors d'une arrestation, les policiers ont le pouvoir de fouiller une personne et l'entourage immédiat de cette personne afin d'assurer leur sécurité et celle du suspect, d'empêcher le suspect de s'enfuir, de préserver la preuve qui pourrait être perdue ou détruite ou de simplement recueillir des éléments de preuve.

En ce qui concerne le délai écoulé entre l'arrestation et la fouille, le juge du procès a accepté le témoignage du policier que le détachement était à court de personnel le jour de l'arrestation et qu'il avait tardé à effectuer la fouille parce qu'il avait dû s'occuper d'autres questions relatives à l'arrestation. Le juge du procès a cité les arrêts *Smellie, Charlton et Drapeau*, précités, de même que *R. c. Arason* (1992), 78 C.C.C. (3d) 1 (C.A.C.-B.), pour affirmer qu'un tel délai ne devrait pas empêcher la police de fouiller un véhicule. De plus, il a décidé que, même si le policier ne croyait pas subjectivement avoir des motifs raisonnables et probables d'effectuer une fouille, ces motifs existaient objectivement. Par conséquent, il avait le droit de procéder à une fouille du véhicule accessoirement à l'arrestation, malgré le délai écoulé.

Ayant conclu que la fouille n'était pas abusive, le juge du procès n'avait pas à tenir compte du par. 24(2). Cependant, il a statué que, même si la fouille avait été abusive, il aurait admis les éléments de preuve parce que leur utilisation n'aurait pas déconsidéré l'administration de la justice.

B. Cour d'appel du Manitoba (1995), 107 Man. R. (2d) 24

En cour d'appel, la principale question sur laquelle le juge Helper (avec l'appui du juge Huband) et le juge Lyon (dissentent sur la question de fond, mais souscrivant au résultat) ont divergé d'avis n'était pas la légalité de la fouille de l'automobile de l'appelant. Elle concernait plutôt l'usage qui pourrait être fait de la cocaïne une fois qu'elle aurait été admise en preuve. Plus précisément, l'appelant a fait valoir que la présence de cocaïne dans son automobile n'avait rien à voir avec l'accusation de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic, et qu'elle n'aurait pas dû servir à

the court agreed, but held there was no substantial wrong or miscarriage of justice. No leave to appeal was granted on this issue.

On the issue of the search, Helper J.A. simply stated at p. 29 that “[t]he trial judge correctly concluded the search of the accused’s automobile was incidental to his arrest.” Lyon J.A. did not address the issue.

IV. Analysis

The issue in this appeal is whether the search of the automobile was consistent with s. 8 of the *Charter*, which guarantees the right to be secure against unreasonable search or seizure. In cases involving s. 8 rights, the appropriate starting point is the judgment of this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. In that decision, Dickson J. (as he then was) set out the basic framework of analysis for s. 8. He held that it only protected an individual’s reasonable expectation of privacy, and that reasonableness is to be evaluated by balancing that privacy interest against the state’s interest in law enforcement. In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, with those principles in mind, I set out three pre-requisites to a reasonable search under s. 8. In order to be reasonable, a search must be authorized by law, the law itself must be reasonable, and the search must be carried out in a reasonable manner.

Ordinarily, the person alleging a violation of *Charter* rights bears the burden of proving that violation. However, in *Hunter* and *Collins*, *supra*, the Court held that a warrantless search is *prima facie* unreasonable. Hence, once the accused has demonstrated that the search was warrantless, the Crown has the burden of showing that the search was, on the balance of probabilities, reasonable. In

prouver la culpabilité de l’appelant relativement à cette accusation. Les juges majoritaires de la cour étaient d’accord avec cela, mais ils ont conclu qu’il n’y avait eu aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. Aucune autorisation de pourvoi n’a été accordée sur ce point.

Quant à la question de la fouille, le juge Helper a simplement affirmé, à la p. 29, que [TRADUCTION] «[I]e juge du procès a conclu à juste titre que la fouille de l’automobile de l’accusé était accessible à son arrestation.» Le juge Lyon n’a pas abordé cette question.

IV. Analyse

Il s’agit en l’espèce de déterminer si la fouille de l’automobile était compatible avec l’art. 8 de la *Charte*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Dans les affaires où il est question des droits garantis par l’art. 8, il convient de prendre comme point de départ l’arrêt de notre Cour *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Dans cet arrêt, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a établi le cadre fondamental d’analyse de l’art. 8. Il a conclu que cet article ne protégeait que l’attente raisonnable qu’une personne pouvait avoir en matière de vie privée, et qu’on devait évaluer le caractère raisonnable en soupesant ce droit à la vie privée en fonction de l’intérêt qu’a l’État dans l’application de la loi. Dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, ayant ces principes à l’esprit, j’ai énoncé trois conditions pour qu’une fouille ou perquisition ne soit pas abusive au sens de l’art. 8. Pour ne pas être abusive, une fouille ou perquisition doit être autorisée par la loi, la loi elle-même doit n’avoir rien d’abusif, et la fouille ou perquisition ne doit pas être effectuée d’une manière abusive.

Ordinairement, c’est à la personne qui allègue une violation de droits garantis par la *Charte* qu’il incombe d’établir l’existence de cette violation. Toutefois, dans *Hunter* et *Collins*, précités, notre Cour a statué qu’une fouille ou perquisition sans mandat est abusive à première vue. Par conséquent, une fois que l’accusé a démontré que la fouille ou perquisition a été effectuée sans mandat,

9

10

11

this case, as I will explain, the Crown has failed to do so.

A. *The Search Must Be Authorized by Law*

12

In order to be reasonable, searches and seizures must be authorized by law. The reason for this requirement is clear: under both the *Charter* and the common law, agents of the state can only enter onto or confiscate someone's property when the law specifically permits them to do so. Otherwise, they are constrained by the same rules regarding trespass and theft as everyone else. There are three ways in which a search can fail to meet this requirement. First, the state authority conducting the search must be able to point to a specific statute or common law rule that authorizes the search. If they cannot do so, the search cannot be said to be authorized by law. Second, the search must be carried out in accordance with the procedural and substantive requirements the law provides. For example, s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, authorizes searches, but only with a warrant issued by a justice on the basis of a sworn information setting out reasonable and probable grounds. A failure to meet one of these requirements will result in a search which has not been authorized by law. Third, and in the same vein, the scope of the search is limited to the area and to those items for which the law has granted the authority to search. To the extent that a search exceeds these limits, it is not authorized by law.

B. *Search Incident to Arrest*

13

In this case, the Crown is relying on the common law power of search incident to arrest to provide the legal authority for the search. In *Cloutier*, *supra*, my colleague L'Heureux-Dubé J. (for a unanimous Court) discussed this power in detail. She held that it is an exception to the ordinary

il appartient au ministère public de montrer qu'elle n'était pas abusive, selon la prépondérance des probabilités. En l'espèce, le ministère public ne l'a pas fait, comme je vais l'expliquer.

A. *La fouille ou perquisition doit être autorisée par la loi*

Pour ne pas être abusive, la fouille ou perquisition doit être autorisée par la loi. La raison de cette exigence est claire: tant en vertu de la *Charte* que de la common law, les mandataires de l'État ne peuvent se rendre chez quelqu'un ou y saisir un bien que si la loi le permet précisément. Autrement dit, ils sont assujettis aux mêmes règles en matière d'intrusion et de vol que n'importe quelle autre personne. Une fouille ou perquisition peut ne pas satisfaire à cette exigence de trois manières. Premièrement, le mandataire de l'État qui effectue la fouille ou perquisition doit être en mesure d'indiquer une loi ou règle de common law particulière qui autorise la fouille ou perquisition. S'il ne peut le faire, on ne saurait dire que cette fouille ou perquisition est autorisée par la loi. Deuxièmement, la fouille ou perquisition doit être effectuée conformément aux exigences procédurales et substantielles que la loi prescrit. Par exemple, l'art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, autorise les fouilles ou perquisitions, mais seulement conformément à un mandat délivré par un juge de paix sur la foi d'une dénonciation sous serment énonçant des motifs raisonnables et probables. Le défaut de satisfaire à l'une de ces exigences fera en sorte que la fouille ou perquisition ne sera pas autorisée par la loi. Troisièmement, dans la même veine, l'étendue de la fouille ou perquisition est limitée au secteur et aux objets à l'égard desquels elle est autorisée par la loi. Dans la mesure où une fouille ou perquisition excède ces limites, elle n'est pas autorisée par la loi.

B. *Fouille accessoire à une arrestation*

En l'espèce, le ministère public invoque, à l'appui de la légalité de la fouille, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Dans *Cloutier*, précité, ma collègue le juge L'Heureux-Dubé (au nom de la Cour à l'unanimité) a analysé ce pouvoir en détail. Elle a con-

requirements for a reasonable search (articulated in *Hunter, supra*) in that it requires neither a warrant nor independent reasonable and probable grounds. Rather, the right to search arises from the fact of the arrest. This is justifiable because the arrest itself requires reasonable and probable grounds (under s. 494 of the *Code*) or an arrest warrant (under s. 495). However, since the legality of the search is derived from the legality of arrest, if the arrest is later found to be invalid, the search will be also. As Cory J. stated in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 27, “[n]o search, no matter how reasonable, may be upheld under this common law power [of search incident to arrest] where the arrest which gave rise to it was arbitrary or otherwise unlawful.”

In *Cloutier*, L’Heureux-Dubé J. also recognized the potential breadth of this police power. She held that the court must balance the state’s interests in law enforcement and the protection of the police against the arrested person’s interest in privacy in order to determine whether a search was a reasonable and justifiable use of the police power. She then set out three important limits on the power to search incident to arrest (at p. 186):

1. This power does not impose a duty. The police have some discretion in conducting the search. Where they are satisfied that the law can be effectively and safely applied without a search, the police may see fit not to conduct a search. They must be in a position to assess the circumstances of each case so as to determine whether a search meets the underlying objectives.

2. The search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice, such as the discovery of an object that may be a threat to the safety of the police, the accused or the public, or that may facilitate escape or act as evidence against the accused. The purpose of the search must not be unrelated to the objectives of the proper administration of justice, which would be the case for example if the purpose of the search was to

clu qu’il constitue une exception aux conditions ordinaires d’une fouille non abusive (énoncées dans *Hunter*, précité), du fait qu’il ne requiert ni mandat ni motifs raisonnables et probables indépendants. Au contraire, le droit de fouiller découle de l’arrestation même. Cela est justifiable du fait que l’arrestation elle-même requiert l’existence de motifs raisonnables et probables (en vertu de l’art. 494 du *Code*) ou un mandat d’arrestation (en vertu de l’art. 495). Cependant, étant donné que la légalité de la fouille dépend de la légalité de l’arrestation, s’il s’avère ultérieurement que l’arrestation était invalide, la fouille le sera aussi. Comme le juge Cory l’a affirmé dans l’arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, au par. 27, «[a]ucune fouille, si raisonnable soit-elle, ne peut être validée par ce pouvoir de common law [de procéder à une fouille accessoire à une arrestation] si l’arrestation qui y a donné lieu a été arbitraire ou par ailleurs illégale.»

Dans *Cloutier*, le juge L’Heureux-Dubé a aussi reconnu l’étendue potentielle de ce pouvoir de la police. Elle a conclu que la cour doit soupeser l’intérêt qu’a l’État dans l’application de la loi et dans la protection des policiers en fonction du droit à la vie privée de la personne arrêtée, pour déterminer si une fouille constituait un exercice raisonnable et justifiable du pouvoir de la police. Elle a ensuite énoncé trois limites importantes au pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation (à la p. 186):

1. Ce pouvoir n’impose pas de devoir. Les policiers jouissent d’une discrétion dans l’exercice de la fouille. Dans les cas où ils sont satisfaits que l’application de la loi peut s’effectuer d’une façon efficace et sécuritaire sans l’intervention d’une fouille, les policiers peuvent juger opportun de ne pas procéder à la fouille. Ils doivent être en mesure d’apprécier les circonstances de chaque cas afin de déterminer si la fouille répond aux objectifs sous-jacents.

2. La fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, telle la découverte d’un objet pouvant menacer la sécurité des policiers, du prévenu ou du public, faciliter l’évasion ou constituer une preuve contre le prévenu. Le but de la fouille ne doit pas être étranger aux fins d’une saine administration de la justice, ce qui serait le cas, par exemple, si la fouille avait pour but d’intimider le pré-

intimidate, ridicule or pressure the accused in order to obtain admissions.

3. The search must not be conducted in an abusive fashion and in particular, the use of physical or psychological constraint should be proportionate to the objectives sought and the other circumstances of the situation.

If all three of these conditions are met, and the arrest itself is lawful, the search will be “authorized by law” for the purposes of s. 8 of the *Charter*. In the case at bar there is no allegation that the arrest was unlawful or that the search was abusive. Rather, the problem in this case is that the objective and scope of the search exceeded its permissible limits.

C. *The Scope of Search Incident to Arrest*

15

Since search incident to arrest is a common-law power, there are no readily ascertainable limits on its scope. It is therefore the courts’ responsibility to set boundaries which allow the state to pursue its legitimate interests, while vigorously protecting individuals’ right to privacy. The scope of search incident to arrest can refer to many different aspects of the search. It can refer to the items seized during the search. In *Stillman*, Cory J. for a majority of this Court held, at para. 42, that bodily samples could not be taken as incident to arrest, as a search so invasive is an “affront to human dignity”. It can also refer to the place to be searched. The appellant argues that the power of search incident to arrest does not extend to automobiles. I would reject this position. Automobiles are legitimately the objects of search incident to arrest, as they attract no heightened expectation of privacy that would justify an exemption from the usual common law principles referred to above.

venu, de le ridiculiser ou d’exercer une contrainte pour lui soutirer des aveux.

3. La fouille ne doit pas être effectuée de façon abusive et, en particulier, l’usage de contrainte physique ou psychologique ne doit pas être hors de proportion avec les objectifs poursuivis et les autres circonstances de l’espèce.

Si ces conditions sont respectées toutes les trois, et que l’arrestation elle-même est légale, la fouille sera «autorisée par la loi» aux fins de l’art. 8 de la *Charte*. En l’espèce, il n’est pas allégué que l’arrestation était illégale ou que la fouille était abusive. Le problème résulte plutôt du fait que l’objectif et l’étendue de la fouille ont excédé ses limites acceptables.

C. *L’étendue de la fouille accessoire à une arrestation*

Étant donné que la fouille accessoire à une arrestation est un pouvoir de common law, il n’y a pas de limites facilement constatables à son étendue. Il appartient donc aux tribunaux de fixer les bornes à l’intérieur desquelles l’État peut poursuivre la réalisation de ses intérêts légitimes, tout en protégeant vigoureusement le droit à la vie privée des particuliers. L’étendue de la fouille accessoire à une arrestation peut viser de nombreux aspects différents de la fouille. Elle peut avoir trait aux objets saisis lors de la fouille. Au paragraphe 42 de l’arrêt *Stillman*, le juge Cory a conclu, au nom de la Cour à la majorité, que des échantillons de substances corporelles ne pouvaient pas être prélevés accessoirement à une arrestation, vu qu’une fouille aussi envahissante est une «atteinte à la dignité humaine». Elle peut aussi concerner l’endroit devant être fouillé. L’appelant allègue que le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne s’applique pas aux automobiles. Je suis d’avis de rejeter ce point de vue. Les automobiles peuvent légitimement faire l’objet d’une fouille accessoire à une arrestation étant donné qu’elles ne suscitent aucune attente accrue en matière de vie privée qui justifierait une exception aux principes habituels de common law mentionnés précédemment.

Scope can also refer to temporal limits on the power of search, which are at the core of the case at bar. The appellant suggests that the delay between the search and the arrest (six hours in this case) was too long to make the search “incident” to the arrest. In my opinion, the Court should be reluctant to set a strict limit on the amount of time that can elapse between the time of search and the time of arrest.

In my view, all of the limits on search incident to arrest are derived from the justification for the common law power itself: searches which derive their legal authority from the fact of arrest must be truly incidental to the arrest in question. The authority for the search does not arise as a result of a reduced expectation of privacy of the arrested individual. Rather, it arises out of a need for the law enforcement authorities to gain control of things or information which outweighs the individual’s interest in privacy. See the Law Reform Commission of Canada, Report 24, *Search and Seizure* (1984), at p. 36. (For a more in-depth discussion, also see Working Paper 30, *Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement* (1983), at p. 160.) This means, simply put, that the search is only justifiable if the purpose of the search is related to the purpose of the arrest.

This position has been taken by a number of lower courts, and particularly well articulated by Doherty J.A. In *Lim (No. 2)*, *supra*, at p. 146, he stated:

I begin with a determination of whether the search was truly an incident of the arrest. If it is not, the common law power to search as an incident of arrest cannot be relied upon. . . .

In considering whether a search is in fact an incident of arrest, one must consider the police motives for the timing and place of the arrest and the relationship in time and place between the arrest and the search.

L’étendue peut également se rapporter aux limites temporelles du pouvoir de procéder à une fouille, qui sont au cœur du présent litige. L’appellant allègue que le délai écoulé entre la fouille et l’arrestation (six heures en l’espèce) était trop long pour que la fouille soit «accessoire» à l’arrestation. Selon moi, la Cour devrait hésiter à limiter strictement le délai qui peut s’écouler entre la fouille et l’arrestation.

À mon avis, toutes les limites imposées à une fouille accessoire à une arrestation découlent de la justification du pouvoir de common law même: les fouilles dont la légalité dépend de l’arrestation même doivent être vraiment accessoires à l’arrestation en question. Le pouvoir de procéder à la fouille ne découle pas d’une attente moins grande en matière de vie privée chez la personne arrêtée. Il découle plutôt du besoin des autorités chargées d’appliquer la loi de mettre la main sur des objets ou des renseignements, besoin qui l’emporte sur le droit à la vie privée de la personne en cause. Voir le rapport 24 de la Commission de réforme du droit du Canada, intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (1984), à la p. 40. (Pour une analyse plus approfondie, voir également le document de travail 30 intitulé *Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal* (1983), à la p. 181.) Cela signifie simplement que la fouille ne peut se justifier que si son but est lié à celui de l’arrestation.

C’est le point de vue qu’ont adopté un certain nombre de juridictions inférieures et que le juge Doherty a exprimé particulièrement bien. Dans *Lim (No.2)*, précité, à la p. 146, il a affirmé:

[TRADUCTION] Je commence par déterminer si la fouille était vraiment accessoire à l’arrestation. Dans la négative, on ne peut invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. . .

Pour déterminer si une fouille est effectivement accessoire à une arrestation, il faut tenir compte des intentions de la police quant au moment et au lieu de l’arrestation, et du lien qu’il peut y avoir entre le moment et le lieu de l’arrestation et le moment et le lieu de la fouille.

16

17

18

Similarly, in *R. v. Belnavis* (1996), 107 C.C.C. (3d) 195, at p. 213, Doherty J.A. held that an arrest for outstanding traffic fines did not authorize the search of the trunk of a vehicle, stating “[t]he authority to search as an incident of the arrest does not extend to searches undertaken for purposes which have no connection to the reason for the arrest.” This decision was affirmed by this Court ([1997] 3 S.C.R. 341), although Cory J., who wrote for the majority, did not address this issue.

19

As L’Heureux-Dubé J. stated in *Cloutier*, the three main purposes of search incident to arrest are ensuring the safety of the police and public, the protection of evidence from destruction at the hands of the arrestee or others, and the discovery of evidence which can be used at the arrestee’s trial. The restriction that the search must be “truly incidental” to the arrest means that the police must be attempting to achieve some valid purpose connected to the arrest. Whether such an objective exists will depend on what the police were looking for and why. There are both subjective and objective aspects to this issue. In my view, the police must have one of the purposes for a valid search incident to arrest in mind when the search is conducted. Further, the officer’s belief that this purpose will be served by the search must be a reasonable one.

20

To be clear, this is not a standard of reasonable and probable grounds, the normal threshold that must be surpassed before a search can be conducted. Here, the only requirement is that there be some reasonable basis for doing what the police officer did. To give an example, a reasonable and probable grounds standard would require a police officer to demonstrate a reasonable belief that an arrested person was armed with a particular weapon before searching the person. By contrast, under the standard that applies here, the police would be entitled to search an arrested person for a weapon if under the circumstances it seemed rea-

De même, dans l’arrêt *R. c. Belnavis* (1996), 107 C.C.C. (3d) 195, à la p. 213, le juge Doherty a conclu qu’une arrestation pour non-paiement d’amendes relatives à des infractions au code de la route ne permettait pas de fouiller le coffre d’une automobile, affirmant que [TRADUCTION] «[l]e pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation ne permet pas d’effectuer des fouilles à des fins qui n’ont rien à voir avec le motif de l’arrestation.» Notre Cour a confirmé cet arrêt ([1997] 3 R.C.S. 341), bien que le juge Cory, qui s’est exprimé au nom des juges majoritaires, n’ait pas abordé ce point.

Comme le juge L’Heureux-Dubé l’a dit dans *Cloutier*, les trois objectifs principaux d’une fouille accessoire à une arrestation sont d’assurer la sécurité des policiers et du public, d’empêcher la destruction d’éléments de preuve par la personne arrêtée ou d’autres personnes, et de découvrir des éléments de preuve qui pourront être utilisés au procès de la personne arrêtée. La condition que la fouille soit «vraiment accessoire» à l’arrestation signifie que les policiers doivent tenter de réaliser un objectif valable lié à l’arrestation. L’existence d’un tel objectif dépendra de ce que les policiers cherchaient et des raisons pour lesquelles ils le faisaient. Cette question comporte à la fois un aspect subjectif et un aspect objectif. Selon moi, les policiers doivent avoir à l’esprit l’un des objectifs d’une fouille valide effectuée accessoirement à une arrestation lorsqu’ils procèdent à la fouille. En outre, la conviction du policier que la fouille permettra de réaliser cet objectif doit être raisonnable.

En clair, il ne s’agit pas d’une norme de motifs raisonnables et probables, qui est la condition normale à laquelle il faut satisfaire pour pouvoir effectuer une fouille. Ici, la seule condition est qu’il existe un motif raisonnable de faire ce que le policier a fait. Par exemple, la norme des motifs raisonnables et probables exigerait qu’un policier démontre qu’il croyait raisonnablement que la personne arrêtée était munie d’une arme particulière avant de la fouiller. Par contre, selon la norme qui s’applique en l’espèce, le policier aurait le droit de fouiller une personne arrêtée afin de vérifier si elle porte une arme si, dans les circonstances, il sem-

sonable to check whether the person might be armed. Obviously, there is a significant difference in the two standards. The police have considerable leeway in the circumstances of an arrest which they do not have in other situations. At the same time, in keeping with the criteria in *Cloutier*, there must be a "valid objective" served by the search. An objective cannot be valid if it is not reasonable to pursue it in the circumstances of the arrest.

In my view, it would be contrary to the spirit of the *Charter's* s. 8 guarantee of security against unreasonable searches or seizures to allow searches incident to arrest which do not meet both the subjective and objective criteria. This Court cannot characterize a search as being incidental to an arrest when the officer is actually acting for purposes unrelated to the arrest. That is the reason for the subjective element of the test. The objective element ensures that the police officer's belief that he or she has a legitimate reason to search is reasonable in the circumstances.

Requiring that the search be truly incidental to the arrest means that if the justification for the search is to find evidence, there must be some reasonable prospect of securing evidence of the offence for which the accused is being arrested. For example, when the arrest is for traffic violations, once the police have ensured their own safety, there is nothing that could properly justify searching any further (see *Belnavis, supra*).

As explained above, these limits will be no different for automobiles than for any other place. The right to search a car incident to arrest and the scope of that search will depend on a number of factors, including the basis for the arrest, the location of the motor vehicle in relation to the place of the arrest, and other relevant circumstances.

The temporal limits on search incident to arrest will also be derived from the same principles. There is no need to set a firm deadline on the

blait raisonnable de vérifier si la personne est armée. Il y a évidemment une grande différence entre les deux normes. Un policier a, dans le cas d'une arrestation, une marge de manœuvre considérable qu'il n'a pas dans d'autres situations. En même temps, conformément aux critères de l'arrêt *Cloutier*, la fouille doit répondre à un «objectif valable». Un objectif ne peut pas être valable s'il n'est pas raisonnable de le poursuivre dans les circonstances de l'arrestation.

Selon moi, il serait contraire à l'esprit de la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garantie par l'art. 8 de la *Charte* de permettre des fouilles accessoires à une arrestation qui ne satisferaient pas à la fois au critère subjectif et au critère objectif. Notre Cour ne peut qualifier une fouille d'accessoire à une arrestation si le policier qui l'effectue agit, en fait, à des fins qui n'ont rien à voir avec l'arrestation. C'est pour cette raison que le critère comporte un élément subjectif. L'élément objectif garantit que la conviction du policier qu'il a un motif légitime de procéder à une fouille est raisonnable dans les circonstances.

Exiger que la fouille soit vraiment accessoire à l'arrestation signifie que, si la raison d'être de la fouille est la découverte d'éléments de preuve, il doit y avoir des chances raisonnables de trouver des éléments de preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé est arrêté. Par exemple, lorsque l'arrestation a trait à une infraction au code de la route, dès que les policiers ont fait ce qu'il faut pour assurer leur propre sécurité, rien ne peut justifier de fouiller davantage (voir *Belnavis, précité*).

Comme je l'ai expliqué précédemment, ces limites seront les mêmes pour les automobiles que pour tout autre endroit. Le droit de fouiller une automobile accessoirement à une arrestation et l'étendue de la fouille effectuée dépendront d'un certain nombre de facteurs tels que le motif de l'arrestation, l'endroit où se trouve le véhicule à moteur par rapport au lieu de l'arrestation, et d'autres circonstances pertinentes.

Les limites temporelles d'une fouille accessoire à une arrestation découleront aussi des mêmes principes. Il n'est pas nécessaire d'établir un délai

21

22

23

24

amount of time that may elapse before the search can no longer said to be incidental to arrest. As a general rule, searches that are truly incidental to arrest will usually occur within a reasonable period of time after the arrest. A substantial delay does not mean that the search is automatically unlawful, but it may cause the court to draw an inference that the search is not sufficiently connected to the arrest. Naturally, the strength of the inference will depend on the length of the delay, and can be defeated by a reasonable explanation for the delay.

25

In summary, searches must be authorized by law. If the law on which the Crown is relying for authorization is the common law doctrine of search incident to arrest, then the limits of this doctrine must be respected. The most important of these limits is that the search must be truly incidental to the arrest. This means that the police must be able to explain, within the purposes articulated in *Cloutier*, *supra* (protecting the police, protecting the evidence, discovering evidence), or by reference to some other valid purpose, why they searched. They do not need reasonable and probable grounds. However, they must have had some reason related to the arrest for conducting the search at the time the search was carried out, and that reason must be objectively reasonable. Delay and distance do not automatically preclude a search from being incidental to arrest, but they may cause the court to draw a negative inference. However, that inference may be rebutted by a proper explanation.

D. *Was the Search in this Case Truly Incidental to the Arrest?*

26

The police arrested the appellant because they believed that he was either buying or selling the nine-pound bag of marijuana which Natural Resource Officer Kamann found. In this case, the appellant was arrested in his car, which had been observed at the place where the marijuana was discovered. Had Constable Boyle searched the car, even hours later, for the purpose of finding evidence which could be used at the appellant's trial on the charge of possessing marijuana for purpose

fixe au-delà duquel la fouille ne pourra plus être qualifiée d'accessoire à une arrestation. En règle générale, les fouilles qui sont vraiment accessoires à une arrestation seront habituellement effectuées dans un délai raisonnable après l'arrestation. Un délai important ne signifie pas que la fouille est automatiquement illégale, mais il peut amener la cour à conclure que la fouille n'est pas suffisamment liée à l'arrestation. Naturellement, la valeur de cette conclusion dépendra de la longueur du délai, et la conclusion pourra être réfutée au moyen d'une explication raisonnable du délai écoulé.

En résumé, les fouilles doivent être autorisées par la loi. Si la loi que le ministère public invoque est la règle de common law de la fouille accessoire à une arrestation, il lui faut alors respecter les conditions de cette règle. La plus importante de ces conditions est que la fouille soit vraiment accessoire à l'arrestation. Cela signifie que les policiers doivent pouvoir expliquer, en fonction des objectifs exposés dans *Cloutier*, précité (protection des policiers et de la preuve, et découverte d'éléments de preuve), ou de tout autre objectif valable, pourquoi ils ont procédé à une fouille. Ils n'ont pas besoin de motifs raisonnables et probables. Cependant, ils devaient avoir un motif lié à l'arrestation pour procéder à la fouille au moment où ils l'ont effectuée, et ce motif doit être objectivement raisonnable. Les questions du délai et de la distance n'empêchent pas automatiquement une fouille d'être accessoire à une arrestation, mais elles peuvent amener la cour à tirer une conclusion défavorable. Cependant, cette conclusion peut être réfutée au moyen d'une explication appropriée.

D. *En l'espèce, la fouille était-elle vraiment accessoire à l'arrestation?*

Les policiers ont arrêté l'appelant parce qu'ils croyaient qu'il était soit l'acheteur soit le vendeur du sac de neuf livres de marijuana que l'agent Kamann, des Ressources naturelles, avait trouvé. En l'espèce, l'appelant a été arrêté dans son automobile, qui avait été aperçue à l'endroit où la marijuana a été découverte. Si l'agent Boyle avait fouillé l'automobile, même des heures plus tard, dans le but d'y trouver des éléments de preuve susceptibles d'être utilisés au procès que l'appelant

of trafficking, this would have been well within the scope of the search incident to arrest power, as there was clearly sufficient circumstantial evidence to justify a search of the vehicle. However, by his own testimony, this is not why he searched. Rather, the sole reason for the search was to comply with an RCMP policy requiring that the contents of an impounded car be inventoried. This is not within the bounds of the legitimate purposes of search incident to arrest.

Naturally, the police cannot rely on the fact that, objectively, a legitimate purpose for the search existed when that is not the purpose for which they searched. The *Charter* requires that agents of the state act in accordance with the rule of law. This means that they must not only objectively search within the permissible scope, but that they must turn their mind to this scope before searching. The subjective part of the test forces the police officer to satisfy him or herself that there is a valid purpose for the search incident to arrest before the search is carried out. This accords with the ultimate purpose of s. 8, which, as Dickson J. stated in *Hunter, supra*, is to prevent unreasonable searches before they occur.

I would note that the six-hour delay in searching the vehicle is not, in and of itself, problematic in the case at bar. There were only two police officers in Gimli, and the regular policing commitments of one of them and the investigating matters undertaken by the other demonstrate that there is a reasonable explanation for the delay in searching the car. However, the delay further reinforces Officer Boyle's testimony that he was not searching for evidence, but simply conducting an "inventory search".

The fact that this search was not, in the mind of the searching party, consistent with the proper purposes of search incident to arrest means that it falls outside the scope of this power. As a result, the

subirait relativement à l'accusation de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic, cela aurait été tout à fait conforme au pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, étant donné que la preuve circonstancielle était nettement suffisante pour justifier une fouille du véhicule. Cependant, selon son propre témoignage, ce n'est pas la raison pour laquelle il a procédé à une fouille. Au contraire, il n'avait pour seul motif que de se conformer à une politique de la GRC qui exige que le contenu d'une automobile saisie soit inventorié. Cela ne respecte pas les limites des objectifs légitimes d'une fouille accessoire à une arrestation.

Naturellement, les policiers ne peuvent pas invoquer le fait que, objectivement, il existait un motif légitime de procéder à la fouille, alors que ce n'est pas le motif pour lequel ils ont procédé à cette fouille. La *Charte* exige que les mandataires de l'État respectent la primauté du droit. Cela signifie qu'ils doivent non seulement fouiller objectivement dans les limites acceptables, mais qu'ils doivent avoir ces limites à l'esprit avant même de procéder à la fouille. L'élément subjectif du critère force les policiers à s'assurer, avant d'effectuer la fouille, qu'ils ont un motif valable de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Cela est conforme à l'objectif ultime de l'art. 8, qui, comme l'a dit le juge Dickson dans *Hunter*, précité, est d'empêcher les fouilles abusives.

Je souligne que le délai de six heures qui s'est écoulé en l'espèce avant que l'on procède à la fouille du véhicule ne pose aucun problème en soi. Il n'y avait que deux policiers à Gimli, et le travail policier ordinaire de l'un d'eux ainsi que le travail d'enquête entrepris par l'autre montrent qu'il existe une explication raisonnable du délai écoulé avant la fouille de l'automobile. Cependant, ce délai renforce davantage le témoignage de l'agent Boyle, selon lequel il ne cherchait pas des éléments de preuve, mais effectuait simplement une «fouille à des fins d'inventaire».

Le fait que cette fouille n'était pas, dans l'esprit de celui qui l'effectuait, conforme aux objectifs légitimes d'une fouille accessoire à une arrestation signifie qu'elle excède ce pouvoir. Par conséquent,

27

28

29

search cannot be said to have been authorized by the common law rule permitting search incident to arrest.

on ne peut affirmer que la fouille était autorisée par la règle de common law qui autorise les fouilles accessoires à une arrestation.

30

The respondent and the interveners (all provincial attorneys general) have argued that even if the search was not properly authorized by search incident to arrest, there ought to be an “inventory search exception” to s. 8, for the protection of the accused’s belongings. The United States Supreme Court has held that such an exception exists to the Fourth Amendment in *South Dakota v. Opperman*, 428 U.S. 364 (1976). In my view, this is not an appropriate case to decide this question. In order to meet the standards set out by the *Charter*, all searches must be authorized by law. Warrantless searches are *prima facie* unreasonable, and the burden shifts to the party who is seeking to uphold the search. This means, *inter alia*, the party must be able to point to a law which authorizes the search. The respondent was unable to find either statutory or common-law authority for inventory searches. Hence, for the purposes of this appeal, I would hold that the inventory search is not authorized by law and therefore violates s. 8 of the *Charter*. Whether such a law would be consistent with s. 8 need not be answered here. Suffice to say that an inventory search *per se* does not serve a “valid objective in pursuit of the ends of criminal justice” (*Cloutier, supra*, at p. 186) in the context of an arrest such that it can be justifiably carried out under this warrantless common-law power. Its purposes relate to concerns extraneous to the criminal law. If the police feel the need to inventory a car in their possession for their own purposes, that is one thing. However, if they wish to tender the fruits of that inventory search into evidence at a criminal trial, the search must be conducted under some lawful authority.

L’intimée et les intervenants (tous des procureurs généraux provinciaux) ont fait valoir que, même si la fouille n’était pas régulièrement autorisée par la règle de la fouille accessoire à une arrestation, il devrait y avoir une «exception de fouille à des fins d’inventaire» à l’art. 8, afin de protéger les biens de l’accusé. Dans l’arrêt *South Dakota c. Opperman*, 428 U.S. 364 (1976), la Cour suprême des États-Unis a conclu qu’une telle exception existe à l’égard du Quatrième amendement. Selon moi, la présente affaire ne convient pas pour trancher cette question. Pour respecter les normes établies par la *Charte*, toutes les fouilles ou perquisitions doivent être autorisées par la loi. Les fouilles ou perquisitions sans mandat sont abusives à première vue et le fardeau de la preuve incombe à la partie qui demande de confirmer la validité de la fouille ou perquisition en cause. Cela signifie notamment que cette partie doit pouvoir indiquer quelle loi permet la fouille ou perquisition. L’intimée a été incapable d’indiquer quelle loi ou règle de common law autorise les fouilles à des fins d’inventaire. Par conséquent, aux fins du présent pourvoi, je suis d’avis de conclure que la fouille à des fins d’inventaire n’est pas autorisée par la loi et viole donc l’art. 8 de la *Charte*. Nous n’avons pas ici à répondre à la question de savoir si une telle loi serait compatible avec l’art. 8. Il suffit de dire qu’une fouille à des fins d’inventaire ne vise pas en soi un «objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle» (*Cloutier, précité*, à la p. 186) dans le contexte d’une arrestation, de manière à pouvoir être effectuée légitimement en vertu de ce pouvoir de common law de fouille sans mandat. Son objectif a trait à des préoccupations étrangères au droit criminel. Si la police sent le besoin d’inventorier, pour ses propres fins, le contenu d’une automobile en sa possession, c’est une chose. Mais si elle souhaite utiliser les fruits de cette fouille à des fins d’inventaire comme éléments de preuve lors d’un procès criminel, la fouille doit être effectuée en vertu de quelque pouvoir légal.

Having reached the conclusion that the search in this case was not authorized by law, I find it unnecessary to deal with the other pre-requisites for a valid search set out in *Collins, supra*.

E. *Having Found that the Search is Unreasonable, Should the Evidence Be Excluded Under Section 24(2) of the Charter?*

When considering s. 24(2), the test for the exclusion of evidence comes from this Court's decision in *Collins, supra*. There are three categories of factors which must be considered: the fairness of the trial, the seriousness of the *Charter* violation and the possibility that excluding the evidence would bring the administration of justice into greater disrepute than admitting it.

Whether admitting the evidence will have an effect on the fairness of the trial usually depends on whether the evidence was found as a result of conscripting the accused against himself, or whether it was otherwise discoverable. As Cory J. reiterated in *Stillman, supra*, at para. 74, "[t]he admission of evidence which falls into the 'non-conscriptive' category will, as stated in *Collins*, rarely operate to render the trial unfair. If the evidence has been classified as non-conscriptive the court should move on to consider the second and third *Collins* factors. . . ." In this case, the evidence was clearly non-conscriptive. This weighs in favour of admission.

The next category is seriousness of the breach. When considering this issue, the court looks at some or all of the following factors: the obtrusiveness of the search, the individual's expectation of privacy in the area searched, the existence of reasonable and probable grounds; and the good faith of the police. In my opinion, all of these point in favour of admitting the evidence. The search was not especially obtrusive. There is no evidence that there was any damage or harm done to the car, the police simply did a thorough search of the interior.

Après avoir conclu que la fouille en l'espèce n'était pas autorisée par la loi, je juge inutile d'examiner les autres conditions de validité d'une fouille énoncées dans *Collins, précité*.

E. *Vu la conclusion que la fouille est abusive, les éléments de preuve devraient-ils être écartés en vertu du par. 24(2) de la Charte?*

Au moment d'examiner le par. 24(2), le critère d'exclusion d'éléments de preuve provient de l'arrêt *Collins, précité*, de notre Cour. Il y a trois catégories de facteurs qui doivent être prises en considération: l'équité du procès, la gravité de la violation de la *Charte* et la possibilité que l'exclusion des éléments de preuve déconsidère l'administration de la justice davantage que leur utilisation.

La question de savoir si l'utilisation des éléments de preuve aura une incidence sur l'équité du procès dépend habituellement de la question de savoir s'ils ont été découverts grâce à la mobilisation de l'accusé contre lui-même ou s'ils pouvaient être découverts autrement. Comme le juge Cory l'a réitéré dans l'arrêt *Stillman, précité*, au par. 74, «[c]omme on l'a affirmé dans l'arrêt *Collins*, l'utilisation de la preuve qui relève de la catégorie des éléments de preuve non obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même a rarement pour effet de rendre le procès inéquitable. Lorsque la preuve est qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, la cour devrait alors examiner les deuxième et troisième facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*. . . » En l'espèce, il est clair que la preuve n'a pas été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Cela favorise son utilisation.

La catégorie suivante est la gravité de la violation. En examinant cette question, la cour prend en considération quelques-uns ou l'ensemble des facteurs suivants: le caractère envahissant de la fouille, les attentes en matière de vie privée de la personne à l'endroit où l'on procède à la fouille, l'existence de motifs raisonnables et probables et la bonne foi de la police. Selon moi, tous ces facteurs favorisent l'utilisation de la preuve. La fouille n'était pas particulièrement envahissante. Il n'y a aucune preuve que l'automobile a été endom-

31

32

33

34

There is a lesser expectation of privacy in a car than there is in one's home or office, or with respect to their physical person. Although Officer Boyle did not know that he had reasonable and probable grounds to conduct a search, objectively speaking, he did. Finally, the search was conducted in good-faith reliance on an RCMP policy that requires the interior of impounded cars be inventoried. As a result, the breach was not sufficiently serious to justify exclusion of the evidence.

35 The third question from *Collins* is whether excluding the evidence would have a more serious impact on the repute of the administration of justice than admitting it. This factor generally relates to the seriousness of the offence and the importance of the evidence to the case for the Crown. In this instance, the prosecution had no case without the evidence. This also weighs in favour of admission.

V. Conclusion

36 In sum, the application of the *Collins* factors strongly suggests that the evidence should be admitted under s. 24(2). The trial was still fair, the breach was not serious, and exclusion of the evidence would have a more detrimental impact on the administration of justice than its admission. I would therefore hold that the evidence is admissible and, despite the s. 8 breach, dismiss the appeal.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. were delivered by

37 BASTARACHE J. — While I agree with the Chief Justice that the appeal should be dismissed, I respectfully disagree with the reasons expressed by my colleague. The Chief Justice has set out the

magée; la police n'a effectué qu'une fouille minutieuse de l'intérieur du véhicule. L'attente en matière de vie privée qu'une personne a dans une automobile est moindre que lorsqu'elle se trouve chez elle ou à son bureau, ou que celle qu'elle a relativement à son propre corps. Bien que l'agent Boyle n'ait pas su qu'il avait des motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille, objectivement, il en avait. Enfin, l'agent a procédé à la fouille en se fondant de bonne foi sur une politique de la GRC qui exige qu'un inventaire de l'intérieur des automobiles saisies soit dressé. Par conséquent, la violation n'était pas suffisamment grave pour justifier l'exclusion des éléments de preuve.

La troisième question qui découle de l'arrêt *Collins* est de savoir si l'exclusion des éléments de preuve aurait une incidence plus grave sur la considération dont jouit l'administration de la justice, que leur utilisation. Ce facteur est généralement lié à la gravité de l'infraction et à l'importance que ces éléments revêtent pour la preuve de la poursuite. En l'espèce, la poursuite ne disposait d'aucune preuve sans ces éléments. Cela aussi favorise leur utilisation.

V. Conclusion

En résumé, l'application des facteurs de l'arrêt *Collins* porte fortement à croire que les éléments de preuve devraient être utilisés en vertu du par. 24(2). Le procès était toujours équitable, la violation n'était pas grave et l'exclusion des éléments de preuve aurait un effet plus néfaste sur l'administration de la justice que leur utilisation. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que les éléments de preuve sont utilisables et de rejeter le pourvoi malgré la violation de l'art. 8.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE — Bien que je sois d'accord avec le Juge en chef pour dire qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi, je diverge d'avis quant aux motifs qu'il a exprimés. Le Juge en chef ayant

facts and judgments and there is no need to restate them here.

This appeal deals with the scope of the common law power of search incidental to an arrest. What must be determined in this appeal is whether Constable Boyle's inventory search of the appellant's vehicle, after the appellant had been lawfully arrested, falls within the scope of action authorized by the common law power of search incidental to an arrest.

In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, Cory J., at p. 634, summarized the three conditions that must be satisfied in order for a search to be valid under the common law power of search incidental to an arrest: the arrest must be lawful; the search must be conducted as an incident to the lawful arrest; the manner in which the search is carried out must be reasonable.

After having established that the appellant was lawfully arrested for possession of narcotics, the issue to be determined is whether the search was fully incidental to the arrest. In this case, it can be said that the search was incidental to the arrest because it was related, subordinated, to the arrest rather than the arrest's being incidental to the search. See *Stillman*, *supra*, at p. 634. The common law right to search incidentally to an arrest extends to an accused's vehicle as part of his or her immediate surroundings. See *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 180.

It should be noted that while the arrest of the accused and the conducting of the search did not occur at the same time as the arrest, this question is immaterial for the qualification of the search as "incidental". The delay was reasonably explained by the officer's having to attend to other necessary aspects of the investigation when the detachment was relatively short staffed. This later search did not cause any further infringement on liberty, dignity or privacy rights of the arrested person.

exposé les faits et les jugements, il est inutile de les reprendre ici.

Le présent pourvoi porte sur l'étendue du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. La question à trancher en l'espèce est de savoir si la fouille du véhicule de l'appellant, que l'agent Boyle a effectuée à des fins d'inventaire après l'arrestation légale de l'appellant, est conforme au champ d'action autorisé par le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation.

Dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, le juge Cory a résumé, à la p. 634, les trois conditions à remplir pour qu'une fouille soit valide en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation: l'arrestation doit être légale; la fouille doit être effectuée accessoirement à l'arrestation légale; la fouille ne doit pas être effectuée d'une manière abusive.

Après avoir établi que l'appellant a été arrêté légalement pour possession de stupéfiants, il faut déterminer si la fouille était entièrement accessoire à l'arrestation. En l'espèce, on peut affirmer que la fouille était accessoire à l'arrestation parce qu'elle était liée et subordonnée à celle-ci, et non pas que l'arrestation était accessoire à la fouille. Voir l'arrêt *Stillman*, précité, à la p. 634. Le droit, reconnu en common law, de procéder à une fouille accessoire à une arrestation s'applique au véhicule d'un accusé, du fait qu'il fait partie de son entourage immédiat. Voir *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, à la p. 180.

Il y a lieu de noter que, même si l'arrestation de l'accusé et la fouille n'ont pas été effectuées au même moment, cette question est sans importance pour ce qui est de qualifier d'«accessoire» la fouille. On a expliqué raisonnablement le délai écoulé par le fait que l'agent devait s'occuper d'autres aspects essentiels de l'enquête, alors que le détachement était relativement à court de personnel. Cette fouille ultérieure n'a causé aucune atteinte supplémentaire à la liberté et à la dignité de la personne arrêtée ni à son droit à la vie privée.

38

39

40

41

42

At trial, Constable Boyle testified that he only searched the accused's vehicle in order to comply with an RCMP policy which required that the interior of impounded vehicles be inventoried. He further testified that it was his understanding that the purpose of the policy was to secure the valuables of the owner of the vehicle in order to protect the RCMP against civil claims that might arise from the damage, loss or theft of the personal property of the owner of the vehicle. Regardless of Constable Boyle's subjective belief in the purpose and justification for his inventory search, the trial judge found that Constable Boyle had the right to search the vehicle pursuant to the common law power of search incidental to an arrest.

43

I agree with the trial judge. The power to search incidentally to an arrest draws its authority from the arrest itself. It is not necessary to independently establish reasonable and probable grounds to conduct a search incidental to an arrest. See *Cloutier, supra*, at pp. 185-86. Therefore, there was no onus on the Crown to establish at trial that Constable Boyle subjectively turned his mind to whether he was properly exercising his power to search incidentally to the arrest.

44

The scope of the common law power of search incidental to an arrest was comprehensively explained in *Cloutier, supra*. Three broad propositions were unanimously endorsed by this Court. At page 186, L'Heureux-Dubé J. described the common law power in the following terms:

1. This power does not impose a duty. The police have some discretion in conducting the search. Where they are satisfied that the law can be effectively and safely applied without a search, the police may see fit not to conduct a search. They must be in a position to assess the circumstances of each case so as to determine whether a search meets the underlying objectives.

Au procès, l'agent Boyle a témoigné qu'il n'avait fouillé le véhicule de l'accusé que dans le but de se conformer à une politique de la GRC qui l'obligeait à dresser un inventaire de l'intérieur de tous les véhicules saisis dans le cadre d'une enquête. Il a en outre affirmé que, selon lui, cette politique avait pour but de préserver les objets de valeur du propriétaire du véhicule, afin de mettre la GRC à l'abri de toute poursuite civile en cas de perte ou de vol des effets personnels du propriétaire du véhicule, ou de dommages causés à ceux-ci. Peu importe la conviction subjective que l'agent Boyle avait quant au but et à la justification de la fouille qu'il a effectuée à des fins d'inventaire, le juge du procès a conclu que l'agent Boyle avait le droit de fouiller le véhicule conformément au pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation.

Je partage l'avis du juge du procès. Le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation découle de l'arrestation même. Il n'est pas nécessaire d'établir indépendamment qu'il existe des motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Voir l'arrêt *Cloutier, précité*, aux pp. 185 et 186. En conséquence, il n'incombait pas au ministère public d'établir, au procès, que l'agent Boyle s'était demandé subjectivement s'il exerçait régulièrement son pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation.

L'étendue du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation a été expliquée de manière complète dans l'arrêt *Cloutier, précité*. Trois propositions générales ont été approuvées à l'unanimité par notre Cour. À la page 186, le juge L'Heureux-Dubé décrit en ces termes le pouvoir de common law:

1. Ce pouvoir n'impose pas de devoir. Les policiers jouissent d'une discrétion dans l'exercice de la fouille. Dans les cas où ils sont satisfaits que l'application de la loi peut s'effectuer d'une façon efficace et sécuritaire sans l'intervention d'une fouille, les policiers peuvent juger opportun de ne pas procéder à la fouille. Ils doivent être en mesure d'apprécier les circonstances de chaque cas afin de déterminer si la fouille répond aux objectifs sous-jacents.

2. The search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice, such as the discovery of an object that may be a threat to the safety of the police, the accused or the public, or that may facilitate escape or act as evidence against the accused. The purpose of the search must not be unrelated to the objectives of the proper administration of justice, which would be the case for example if the purpose of the search was to intimidate, ridicule or pressure the accused in order to obtain admissions.

3. The search must not be conducted in an abusive fashion and in particular, the use of physical or psychological constraint should be proportionate to the objectives sought and the other circumstances of the situation.

The Chief Justice is of the opinion that the propositions elaborated by L'Heureux-Dubé J. in *Cloutier, supra*, are to be construed in a restrictive manner. While he accepts that it is the Court's responsibility to set boundaries in this area on the basis of the legitimate interests of the state, he adopts the position that there are three main purposes justifying a search incidental to an arrest, and that there is a subjective test to be applied to such purposes. Consequently, in his view, the requirements of the second paragraph above are not satisfied because Constable Boyle did not pursue the specific objective of obtaining evidence. I respectfully disagree with this interpretation.

In my opinion, *Cloutier* describes a power of the common law which is, by definition, subject to interpretation on a case by case basis. The enumeration of purposes in *Cloutier* begins with the words "such as". This is consistent with the fact that the enumeration was taken from *Lindley v. Rutter*, [1981] Q.B. 128, where, at p. 134, it is followed by these words: "This list is not exhaustive, but it is sufficient for present purposes." Nowhere in *Cloutier* is it suggested that a subjective element is required to justify the search. To impose such a condition is tantamount to imposing that "reasonable and probable grounds" for the search be present. Indeed, how can the search be reasonable if the purpose of the police officer must be to find evidence and he or she conducts the search while having no reason to believe that the vehicle con-

2. La fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, telle la découverte d'un objet pouvant menacer la sécurité des policiers, du prévenu ou du public, faciliter l'évasion ou constituer une preuve contre le prévenu. Le but de la fouille ne doit pas être étranger aux fins d'une saine administration de la justice, ce qui serait le cas, par exemple, si la fouille avait pour but d'intimider le prévenu, de le ridiculiser ou d'exercer une contrainte pour lui soutirer des aveux.

3. La fouille ne doit pas être effectuée de façon abusive et, en particulier, l'usage de contrainte physique ou psychologique ne doit pas être hors de proportion avec les objectifs poursuivis et les autres circonstances de l'espèce.

Le Juge en chef est d'avis que les propositions formulées par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Cloutier*, précité, doivent recevoir une interprétation restrictive. Bien qu'il reconnaisse qu'il incombe à la Cour de fixer, en la matière, des limites fondées sur les intérêts légitimes de l'État, il est d'avis qu'il existe trois objectifs principaux qui justifient une fouille accessoire à une arrestation et qu'il faut leur appliquer un critère subjectif. Par conséquent, il estime que les exigences du deuxième paragraphe reproduit plus haut ne sont pas respectées parce que l'agent Boyle n'avait pas pour objectif précis de recueillir des éléments de preuve. Je ne suis pas d'accord avec cette interprétation.

Selon moi, l'arrêt *Cloutier* décrit un pouvoir de common law qui, par définition, doit être interprété en fonction de chaque cas. L'énumération des fins dans l'arrêt *Cloutier* commence par le mot «telle». Cela est compatible avec le fait que cette énumération est tirée de la décision *Lindley c. Rutter*, [1981] Q.B. 128, où, à la p. 134, elle est suivie des mots: [TRADUCTION] «Cette liste n'est pas exhaustive, mais elle est suffisante pour les présentes fins.» Nulle part dans l'arrêt *Cloutier* ne laisse-t-on entendre qu'un élément subjectif est nécessaire pour justifier la fouille. Imposer une telle condition reviendrait à exiger l'existence de «motifs raisonnables et probables» de procéder à la fouille. En fait, comment se peut-il que la fouille ne soit pas abusive si le policier doit avoir pour objectif de découvrir des éléments de preuve et

45

46

tains such evidence? I believe that a search conducted for the purpose of taking an inventory can be considered as a search for a "valid objective" under the proper circumstances. This type of search is less intrusive than a search conducted for the purpose of gathering evidence. In *Cloutier*, L'Heureux-Dubé J. described the condition under which a valid objective will be found where she wrote, at p. 186: "The purpose of the search must not be unrelated to the objectives of the proper administration of justice".

47 While an inventory search may be conducted for the purposes of securing the vehicle and protecting its contents, it may, in fact, provide evidence against the accused if such evidence can be found or is found. Since the test is not a subjective one, the intention of the officer is irrelevant and without any consequence, unless it is evidence of bad faith. In the case at bar, the search can then be justified because it is in fact related to the proper administration of justice. The arrest was legal, as was the impounding of the vehicle. The vehicle was a probable instrument in the perpetration of the crime. An inventory search was justified because its purpose was related to the arrest and consequential impounding of the vehicle.

48 The Chief Justice states that the purpose of the search must be related to the purpose of the arrest; he adds that the search must be subjectively carried out in furtherance of that purpose. I do not agree with a restrictive interpretation of the search purposes and fail to see why a subjective test is required. In my opinion, the relationship required here is simply a requirement regarding the reasonableness of the conduct of the police in conducting the search. The search must objectively be considered reasonable with regard to the circumstances and purpose of the arrest, taking into consideration the expectation of privacy of the accused and the degree of intrusion of the search. In the present case, the appellant's expectation of privacy, given his lawful arrest, was significantly diminished. See *Stillman*, *supra*, at p. 647. Furthermore, the degree

qu'il effectue la fouille sans avoir des raisons de croire que le véhicule contient de tels éléments de preuve? Je crois qu'une fouille effectuée à des fins d'inventaire peut être considérée comme visant un «objectif valable» dans les circonstances appropriées. Ce type de fouille est moins envahissant qu'une fouille effectuée dans le but de recueillir des éléments de preuve. Dans l'arrêt *Cloutier*, le juge L'Heureux-Dubé décrit la condition pour conclure à l'existence d'un objectif valable, lorsqu'elle écrit, à la p. 186: «Le but de la fouille ne doit pas être étranger aux fins d'une saine administration de la justice».

Bien qu'une fouille à des fins d'inventaire puisse être effectuée dans le but de protéger le véhicule et son contenu, elle peut en fait fournir des éléments de preuve contre l'accusé si de tels éléments peuvent être ou sont découverts. Vu que le critère à appliquer n'est pas subjectif, l'intention du policier est sans importance ni conséquence, à moins qu'elle ne démontre l'existence de mauvaise foi. En l'espèce, la fouille peut donc être justifiée parce qu'elle est, en fait, liée à la saine administration de la justice. L'arrestation était légale, tout comme la saisie du véhicule. Le véhicule avait probablement servi à perpétrer le crime. Une fouille à des fins d'inventaire était justifiée parce que son but était lié à l'arrestation et à la saisie consécutive du véhicule.

Le Juge en chef affirme que le but de la fouille doit être lié à celui de l'arrestation; il ajoute que la fouille doit subjectivement être effectuée dans ce but. Je ne suis pas d'accord pour interpréter restrictivement les buts de la fouille et je ne vois pas pourquoi un critère subjectif est requis. À mon sens, le lien requis en l'espèce est simplement une exigence relative au caractère raisonnable de la conduite adoptée par les policiers en procédant à la fouille. La fouille ne doit pas objectivement être jugée abusive quant aux circonstances et au but de l'arrestation, compte tenu de l'attente de l'accusé en matière de vie privée et du caractère plus ou moins envahissant de la fouille. En l'espèce, l'arrestation légale de l'appelant avait réduit considérablement ses attentes en matière de vie privée. Voir l'arrêt *Stillman*, précité, à la p. 647. De plus,

of intrusiveness is minimal. The search of a motor vehicle is less of an affront to a person's liberty, dignity and bodily integrity than the minimally intrusive body search or frisk search approved in *Cloutier, supra*, at p. 185. See also *Stillman, supra*, at p. 638. Objectively, the present search was also reasonable in view of the purpose and circumstances of the arrest. This is where I differ with the Chief Justice. He agreed that, "objectively", the search of the vehicle could be justified, but that it is not reasonable in the present circumstances because the officer had not, in fact, addressed his mind to the pursuit of the legitimate objective of collecting evidence against the accused.

The appellant argues that if the common law power to search incidentally to an arrest can authorize a search of his vehicle for evidence which is in no danger of being destroyed, then the common law is unreasonable and violates s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. According to the appellant, because Constable Boyle could have obtained a warrant in these circumstances, to do otherwise was unreasonable. But this reasoning is a distortion of the law. The existence of reasonable and probable grounds is precisely not a prerequisite to the existence of a police power to search incidentally to an arrest. The issue is therefore not whether Constable Boyle could have obtained a warrant, but rather whether the inventory search undertaken in these circumstances was truly incidental to the arrest and whether it was reasonably performed. As I have already established, in considering the purpose of the arrest in the context of the surrounding circumstances, the search of the appellant's vehicle was reasonable. It is then unnecessary to consider the issue of s. 24(2) of the *Charter*.

For the reasons set out above, I conclude that the inventory search in this case is authorized by the common law power of search incident to an arrest and I would dismiss the appeal.

l'intrusion est minime. La fouille d'un véhicule automobile porte moins atteinte à la liberté, à la dignité et à l'intégrité physique d'une personne que la fouille corporelle la moins envahissante ou la fouille sommaire approuvée dans l'arrêt *Cloutier*, précité, à la p. 185. Voir aussi *Stillman*, précité, à la p. 638. Objectivement, la présente fouille n'était pas non plus abusive compte tenu du but et des circonstances de l'arrestation. C'est ici que je ne partage plus l'avis du Juge en chef. Il a convenu que, «objectivement», la fouille du véhicule pouvait être justifiée, mais qu'elle est abusive dans les présentes circonstances parce que le policier n'avait pas, en fait, songé à réaliser l'objectif légitime de recueillir des éléments de preuve contre l'accusé.

L'appelant soutient que, si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation peut permettre de fouiller son véhicule afin d'y découvrir des éléments de preuve qui ne risquent pas d'être détruits, la common law a alors quelque chose d'abusif et contrevient à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon l'appelant, vu que l'agent Boyle aurait pu obtenir un mandat dans ces circonstances, il était déraisonnable qu'il ne l'ait pas fait. Toutefois, ce raisonnement est une déformation du droit. L'existence de motifs raisonnables et probables ne constitue justement pas une condition de l'existence d'un pouvoir des policiers de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. La question n'est donc pas de savoir si l'agent Boyle aurait pu obtenir un mandat, mais plutôt de savoir si la fouille à des fins d'inventaire effectuée dans ces circonstances était vraiment accessoire à l'arrestation et si elle n'a pas été effectuée de manière abusive. Comme je l'ai déjà déterminé en examinant le but de l'arrestation en fonction des circonstances qui l'ont entourée, la fouille du véhicule de l'appelant n'était pas abusive. Il est donc inutile d'examiner la question du par. 24(2) de la *Charte*.

Pour les motifs susmentionnés, je conclus que, en l'espèce, la fouille à des fins d'inventaire était autorisée en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: D. N. MacIver & Associates, Winnipeg

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

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

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

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: D. N. MacIver & Associates, Winnipeg.

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

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

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

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

Garry Richard Underwood *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. UNDERWOOD

File No.: 25787.

Hearing and judgment: December 4, 1997.

Reasons delivered: January 22, 1998.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Trial — Procedure — Proper time to rule on defence's application to exclude accused's prior criminal record — Whether trial judge erred in refusing to rule on application until after accused had testified.

Criminal law — Evidence — Cross-examination of accused — Previous convictions — Corbett application — Proper time to rule on defence's application to exclude accused's prior criminal record.

The accused was charged with first degree murder. At trial, he had planned to testify in his own defence but, after the Crown closed its case, his counsel made a *Corbett* application to have the accused's lengthy criminal record excluded. The trial judge did not make a ruling at that time, but rather indicated that he would prefer to wait until the accused had given his testimony in chief, as one of the determining factors is the nature of the evidence adduced by the defence. The accused elected not to testify. He was later convicted and his conviction was upheld by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Our criminal process is based upon the principle that before the accused calls evidence in his own defence, he must have knowledge of the case to be met. The extent to which his criminal record will be admissible against him will encompass part of that case. Hence, a *Corbett* application should be made by the defence and decided

Garry Richard Underwood *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. UNDERWOOD

N° du greffe: 25787.

Audition et jugement: 4 décembre 1997.

Motifs déposés: 22 janvier 1998.

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

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

Droit criminel — Procès — Procédure — Moment opportun pour statuer sur une demande de la défense visant l'exclusion du casier judiciaire de l'accusé — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de statuer sur la demande avant que l'accusé ait témoigné?

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire de l'accusé — Déclarations de culpabilité antérieures — Demande de type Corbett — Moment opportun pour statuer sur une demande de la défense visant l'exclusion du casier judiciaire de l'accusé.

L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré. À son procès, il avait prévu témoigner pour sa propre défense, mais après que le ministère public eut terminé la présentation de sa preuve, son avocat a soumis une demande de type *Corbett* visant à faire exclure le lourd casier judiciaire de l'accusé. Le juge du procès n'a alors pris aucune décision, indiquant plutôt qu'il préférerait attendre le témoignage principal de l'accusé, étant donné que l'un des facteurs déterminants était la nature de la preuve produite par la défense. L'accusé a choisi de ne pas témoigner. Il a été, par la suite, déclaré coupable et sa déclaration de culpabilité a été confirmée par la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Notre processus pénal est fondé sur le principe selon lequel, avant que l'accusé produise une preuve pour sa propre défense, il doit connaître la preuve complète qui pèse contre lui. Cette dernière comprendra son casier judiciaire dans la mesure où celui-ci est admissible. Partant, une demande de type *Corbett* devrait être soumise

by the trial judge immediately after the close of the Crown's case. If the trial judge believes it to be necessary, a *voir dire* should be held in which the defence discloses what evidence it intends to call, so the trial judge can make a fully informed ruling on the application. This *voir dire* is not "defence disclosure" and creates no independent rights in the Crown. The defence always retains the right to lead evidence which was not disclosed at the *voir dire*. However, the trial judge's ruling on the application may be subject to modification if the defence evidence departs significantly from what was disclosed. In this case, the trial judge refused to rule until after the accused had testified, and in so doing, he erred. Because the trial judge's error resulted in the accused declining to testify in his own defence, this is not an appropriate case for the application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. It cannot be said with confidence that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different absent the error of law.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Ford* (1995), 34 C.R.R. (2d) 143; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 12.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Delisle, R. J. Annotation to *R. v. Hoffman* (1994), 32 C.R. (4th) 396.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1995), 174 A.R. 234, 102 W.A.C. 234, 102 C.C.C. (3d) 281, [1995] A.J. No. 906 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction

par la défense et tranchée par le juge du procès après que le ministère public a terminé la présentation de sa preuve. Si le juge du procès l'estime nécessaire, il devrait y avoir un *voir-dire* au cours duquel la défense divulguerait la preuve qu'elle compte produire, afin qu'il puisse rendre une décision tout à fait éclairée sur la demande. Ce *voir-dire* n'est pas une «divulgaration des moyens de défense» et ne crée aucun droit indépendant au profit du ministère public. La défense conserve toujours le droit de produire des éléments de preuve qui n'ont pas été divulgués lors du *voir-dire*. Cependant, la décision du juge du procès sur la demande peut être modifiée subséquemment si la preuve de la défense s'écarte sensiblement de celle divulguée. En l'espèce, le juge du procès a refusé de statuer tant que l'accusé n'aurait pas témoigné, et ce faisant, il a commis une erreur. Étant donné que son erreur a amené l'accusé à refuser de témoigner pour sa propre défense, il n'y a pas lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. On ne saurait dire avec certitude qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur de droit.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Ford* (1995), 34 C.R.R. (2d) 143; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 12.

Doctrine citée

Delisle, R. J. Annotation to *R. v. Hoffman* (1994), 32 C.R. (4th) 396.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1995), 174 A.R. 234, 102 W.A.C. 234, 102 C.C.C. (3d) 281, [1995] A.J. No. 906 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration

tion on a charge of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

Peter J. Royal, Q.C., for the appellant.

Goran Tomljanovic, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, a majority of this Court held that s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (formerly R.S.C. 1970, c. E-10), conferred a discretion on the trial judge to exclude all or part of an accused's prior criminal record, where the probative value of that record is outweighed by its prejudicial effect. In this case, the Court must decide at what stage in the trial proceedings an accused is entitled to a ruling on his or her application to have all or part of the record excluded (a so-called *Corbett* application).

II. Facts and Judgments Below

It is not necessary to go into the facts in extensive detail, as most are not relevant to the outcome of this appeal. The appellant was charged with first degree murder in the shooting of Patrick William Campbell. After the appellant changed counsel several times, the trial got under way. The appellant had planned to testify in his own defence but, after the Crown closed its case, his counsel made a *Corbett* application to the trial judge. The appellant's criminal record was extensive, to say the least. He had been convicted of numerous thefts, assaults of varying severity, robbery, some weapons offences, threatening, wilful damage, failure to attend, failure to appear, obstructing a peace officer, trafficking in a narcotic, and impaired driving.

tion de culpabilité relative à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Peter J. Royal, c.r., pour l'appelant.

Goran Tomljanovic, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, notre Cour a conclu, à la majorité, que l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (auparavant S.R.C. 1970, ch. E-10), conférait au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'exclure, en totalité ou en partie, le casier judiciaire d'un accusé si son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante. En l'espèce, la Cour doit décider à quelle étape du procès un accusé a droit à ce qu'il soit statué sur sa demande d'exclusion de la totalité ou d'une partie de son casier judiciaire (une demande dite de type *Corbett*).

II. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

Il n'est pas nécessaire d'examiner les faits en profondeur, étant donné que, pour la plupart, ils n'ont rien à voir avec l'issue du présent pourvoi. L'appelant a été accusé du meurtre au premier degré de Patrick William Campbell, abattu d'un coup de feu. Après que l'appelant eut changé plusieurs fois d'avocat, le procès s'est ouvert. Il avait prévu témoigner pour sa propre défense, mais après que le ministère public eut terminé la présentation de sa preuve, son avocat a soumis une demande de type *Corbett* au juge du procès. L'appelant avait pour le moins un lourd casier judiciaire. Il avait été reconnu coupable de nombreux vols, de voies de fait plus ou moins graves, de vol qualifié, de certaines infractions relatives aux armes, de menaces, de méfait, de défaut de comparaître, d'entrave à un agent de la paix, de trafic d'un stupéfiant et de conduite avec facultés affaiblies.

3 The trial judge did not make a ruling at that time, but rather indicated that he would prefer to wait until the appellant had given his testimony in chief, as one of the determining factors is the nature of the evidence adduced by the defence. The appellant then advised his counsel that he would not be testifying, and the defence closed its case. The appellant was convicted of first degree murder.

4 In a unanimous, unattributed judgment reported at (1995), 174 A.R. 234, 102 W.A.C. 234, 102 C.C.C. (3d) 281, [1995] A.J. No. 906 (QL), the Alberta Court of Appeal briefly reviewed the decision in *Corbett* and noted that this Court did not decide at what point in the trial the Judge should rule on the exclusion of the accused's previous convictions. The Court of Appeal agreed with the trial judge that the *Corbett* application could not be decided in a vacuum. They therefore concluded that the appellant is not entitled to have the admissibility of the record determined in advance of the decision to testify. The proper course would have been to conduct a *voir dire* to determine the admissibility of the appellant's record when the trial judge believed he had all the requisite information. However, it could not be said that the trial judge would have failed to conduct a *voir dire* had the appellant elected to testify.

III. Analysis

5 The question which the Court must answer in this case is whether it is an error of law to refuse to make a ruling on a *Corbett* application before the accused has elected to testify and been examined in chief. On the one hand, it would be very undesirable to force the trial judge to make a decision without all the relevant information. On the other hand, the accused must have an opportunity to make an informed decision whether to testify and, accordingly, should know as much as possible about the consequences of that decision in advance of having to make it.

6 A balance must be struck between these two necessities. However, the balance must reflect that

Le juge du procès n'a alors pris aucune décision, indiquant plutôt qu'il préférerait attendre le témoignage principal de l'appelant, étant donné que l'un des facteurs déterminants était la nature de la preuve produite par la défense. L'appelant a alors informé son avocat qu'il ne témoignerait pas, et la défense a mis fin à sa plaidoirie. L'appelant a été reconnu coupable de meurtre au premier degré.

Dans un jugement unanime publié à (1995), 174 A.R. 234, 102 W.A.C. 234, 102 C.C.C. (3d) 281, [1995] A.J. No. 906 (QL), la Cour d'appel de l'Alberta a examiné brièvement l'arrêt *Corbett* et souligné que notre Cour n'a pas déterminé à quel moment du procès le juge devrait décider de l'exclusion des déclarations de culpabilité antérieures de l'accusé. La Cour d'appel a convenu avec le juge du procès qu'une demande de type *Corbett* ne saurait être tranchée dans l'abstrait. Elle a donc conclu que l'appelant n'avait pas droit à ce que la question de l'admissibilité de son casier judiciaire soit tranchée avant même qu'il ait décidé de témoigner ou de ne pas le faire. Il aurait fallu tenir un *voir-dire* pour décider de l'admissibilité du casier judiciaire de l'appelant au moment où le juge du procès croyait disposer de tous les renseignements nécessaires. Cependant, on ne pouvait pas affirmer que le juge du procès n'aurait pas tenu de *voir-dire* si l'appelant avait choisi de témoigner.

III. Analyse

La question à laquelle la Cour doit répondre en l'espèce est de savoir si le refus de statuer sur une demande de type *Corbett* avant que l'accusé ait choisi de témoigner et ait subi son interrogatoire principal constitue une erreur de droit. D'une part, il serait très peu souhaitable de forcer le juge du procès à rendre une décision en l'absence de tous les renseignements pertinents. D'autre part, l'accusé doit avoir la possibilité de décider en toute connaissance de cause s'il va témoigner ou non et devrait, par conséquent, en savoir autant que possible sur les conséquences de cette décision avant de la prendre.

Un équilibre doit être établi entre ces deux impératifs. Cet équilibre doit cependant refléter le

the ultimate goal of the procedural and substantive protections in the criminal justice system are to ensure that trials are scrupulously fair. Our criminal process is based upon the principle that before the accused calls evidence in his own defence, he must have knowledge of the case to be met. The extent to which his criminal record will be admissible against him will encompass part of that case. The “case-to-meet” principle is a fundamental tenet of the criminal justice system, firmly rooted in the common law and an integral part of the principles of fundamental justice (*R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451), which are protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is part of the broader principle against self-incrimination, which has its roots in the presumption of innocence and the power imbalance between the state and the individual. See *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, and *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 578.

In this context, the case-to-meet principle suggests that the accused should have a right to make a *Corbett* application, and to know its outcome at the close of the Crown’s case. It would be manifestly unfair to force an accused to engage in what the appellant describes as “russian roulette”, or what Professor Delisle, in an annotation to *R. v. Hoffman* (1994), 32 C.R. (4th) 396, at p. 398, calls “blind man’s buff”. I would adopt the statements of Lederman J. in *R. v. Ford* (1995), 34 C.R.R. (2d) 143 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 146:

I ask rhetorically why should the accused not know of this information at the close of the Crown’s case? Why should counsel have to guess at what the outcome of a *Corbett* application will be in making the decision to call the accused as a witness?

There is no valid reason for delaying the application so as to place the accused in the irrevocable position of having given up his or her right to silence on the chance that a *Corbett* application will go his or her way.

The *Corbett* application should not be a bear trap for the accused. Increasingly, courts have said that the accused should know before he or she calls any evi-

but ultime des garanties procédurales et substantielles du système de justice pénale, qui est d’assurer que les procès soient parfaitement équitables. Notre processus pénal est fondé sur le principe selon lequel, avant que l’accusé produise une preuve pour sa propre défense, il doit connaître la preuve complète qui pèse contre lui. Cette dernière comprendra son casier judiciaire dans la mesure où celui-ci est admissible. Le principe de la «preuve complète» est un précepte fondamental de notre système de justice pénale, qui est profondément enraciné dans la common law et fait partie intégrante des principes de justice fondamentale (*R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451) qui sont protégés par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il fait partie du principe général interdisant l’auto-incrimination, qui émane de la présomption d’innocence et du rapport de force inégal entre l’État et le particulier. Voir *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, et *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, à la p. 578.

Dans ce contexte, le principe de la preuve complète veut que l’accusé ait le droit de présenter une demande de type *Corbett* et d’en connaître l’issue dès que le ministère public clôt sa preuve. Il serait manifestement inéquitable d’obliger un accusé à jouer à la «roulette russe» comme le dit l’appelant, ou à «colin-maillard», pour reprendre l’expression du professeur Delisle dans une annotation de *R. c. Hoffman* (1994), 32 C.R. (4th) 396, à la p. 398. J’adopterais les assertions du juge Lederman dans *R. c. Ford* (1995), 34 C.R.R. (2d) 143 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 146:

[TRADUCTION] Je me demande, pour la forme, pourquoi l’accusé devrait-il ignorer cela lorsque le ministère public clôt sa preuve? Pourquoi son avocat devrait-il être obligé de deviner quelle sera l’issue de la demande de type *Corbett*, en décidant s’il y a lieu de faire témoigner l’accusé lui-même?

Il n’y a aucune raison valable de différer la demande de manière à placer l’accusé dans la situation irrémédiable où il aura renoncé à son droit de garder le silence dans l’espoir qu’une demande de type *Corbett* joue en sa faveur.

La demande de type *Corbett* ne devrait pas être un piège pour l’accusé. Les cours ont de plus en plus affirmé qu’avant de produire quelque preuve que ce soit,

dence the full extent of the case he or she has to meet. In keeping with those principles the proper time to bring a *Corbett* application is upon the completion of the Crown's case.

8 Although fairness requires that the ruling be made no later than the close of the Crown's case, there is always the possibility that the defence evidence will influence the trial judge's prior evaluation of the probative value and prejudicial effect of the criminal record. There are various ways of dealing with this problem. One is the possibility of making a preliminary ruling, subject to reconsideration if necessary. However, this may be no less of a "bear trap" for the accused than refusing to make a ruling at all. Imagine the possible unfairness that would arise if the accused takes the stand in reliance on a ruling that some or all of his prior convictions will be excluded, and that ruling is subsequently reversed.

9 In my view, the situation can be resolved by holding a *voir dire* before the defence opens its case. In this *voir dire*, the defence will reveal the evidence which it intends to call, either through calling witnesses, or through agreed statements of fact. The trial judge can then consider the factors set out in *Corbett* (the nature of the previous convictions, the time since the previous convictions, and any attacks made on the credibility of Crown witnesses) in the context of the defence evidence, and make a final ruling on the *Corbett* application.

10 I would emphasize that the purpose of this *voir dire* is not "defence disclosure". It creates no independent rights in the Crown, and, therefore should not be treated as an excuse for the Crown to deeply probe the case for the defence, as the defence is entitled to do to the Crown's case at a preliminary inquiry. The point is to provide the trial judge with the information he or she needs to make an informed decision, but the Crown has no right to require more than that. There may even be cases in which the trial judge believes he or she has sufficient information to make a decision without such disclosure, such as where the nature of the defence

l'accusé devrait connaître la preuve complète qui pèse contre lui. Conformément à ces principes, c'est à la fin de la présentation de la preuve du ministère public qu'il convient de présenter une demande de type *Corbett*.

Bien que l'équité exige que la décision soit rendue au plus tard à la fin de la présentation de la preuve du ministère public, il y a toujours la possibilité que la preuve de la défense influe sur l'évaluation préalable, par le juge du procès, de la valeur probante et de l'effet préjudiciable du casier judiciaire. Ce problème peut être résolu de diverses façons. L'une d'elles est la possibilité de rendre une décision préliminaire, quitte à revenir sur celle-ci au besoin. Toutefois, cela peut tout autant représenter un «piège» pour l'accusé que le refus de rendre une décision. Imaginons l'iniquité qui pourrait résulter si l'accusé témoignait sur la foi d'une décision que ses déclarations de culpabilité antérieures seraient exclues en totalité ou en partie, et si cette décision était révoquée par la suite.

À mon avis, on peut remédier à la situation en tenant un *voir-dire* avant que la défense produise sa preuve. Au cours de ce *voir-dire*, la défense révélera les éléments de preuve qu'elle compte produire au moyen de témoins ou encore d'exposés conjoints des faits. Le juge du procès pourra alors examiner les facteurs énoncés dans *Corbett* (la nature des déclarations de culpabilité antérieures, le temps écoulé depuis celles-ci, et toute attaque portant sur la crédibilité des témoins à charge) dans le contexte de la preuve de la défense, et rendre une décision définitive sur la demande de type *Corbett*.

Je tiens à souligner que ce *voir-dire* n'a pas pour objet la «divulgarion des moyens de défense». Il ne crée aucun droit indépendant au profit du ministère public, et ne devrait donc pas lui servir de prétexte pour sonder en profondeur la preuve de la défense, comme la défense a le droit de le faire à l'égard de la preuve du ministère public lors d'une enquête préliminaire. Il s'agit de mettre à la disposition du juge du procès les éléments dont il a besoin pour rendre une décision éclairée, mais le ministère public n'a pas le droit d'exiger plus que cela. Il peut même y avoir des cas où le juge du procès croit disposer de renseignements suffisants pour

is fairly clear or has otherwise been disclosed (e.g. an alibi), or where the outcome of the application is readily apparent without this information. In those cases, disclosure need not be given.

I should make it clear that this is not a form of “*Stinchcombe* in reverse”. The accused always retains the right to lead evidence which was not disclosed at the *voir dire*. However, if the accused fails to disclose evidence, and the trial judge believes that the undisclosed evidence would have had a material impact on the *Corbett* application, he or she can change his or her ruling when that evidence is lead.

In the case at bar, the trial judge refused to rule on the *Corbett* application until the appellant had elected to testify and been examined in chief. For the reasons described above, this was an error of law. The Crown has argued that there was no substantial wrong or miscarriage of justice, and the Court should apply the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to dismiss the appeal. I must disagree. It is clear that the trial judge’s refusal to make a ruling adversely affected the appellant’s decision whether to testify in his own defence, as he had a right to do. We have no way of knowing what the appellant might have said, and therefore, we cannot say with confidence that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different absent the error of law (which is the test for the application of the proviso — *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599).

IV. Conclusion

In summary, a *Corbett* application should be made after the close of the Crown’s case. If the trial judge believes it to be necessary, a *voir dire* should be held in which the defence discloses what

rendre une décision sans une telle divulgation, comme celui où la nature des moyens de défense est assez claire ou a été communiquée autrement (par exemple, un alibi), ou encore si l’issue de la demande est tout à fait évidente sans ces renseignements. Dans ces cas, aucune divulgation n’est nécessaire.

Je tiens à préciser qu’il ne s’agit pas d’une forme de «procédure de type *Stinchcombe* à rebours». L’accusé conserve toujours le droit de produire des éléments de preuve qui n’ont pas été divulgués lors du voir-dire. Cependant, si l’accusé ne divulgue pas des éléments de preuve et que le juge du procès croit que les éléments de preuve non divulgués auraient eu un effet significatif sur la demande de type *Corbett*, ce dernier peut modifier sa décision lorsque ces éléments de preuve sont produits.

En l’espèce, le juge du procès a refusé de statuer sur la demande de type *Corbett* tant que l’appellant n’aurait pas choisi de témoigner et n’aurait pas subi son interrogatoire principal. Par les raisons exposées plus haut, il s’agit là d’une erreur de droit. Le ministère public a soutenu qu’il n’y a eu aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave, et que la Cour devrait appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, pour rejeter le pourvoi. Je ne suis pas d’accord. Il est clair que le refus de statuer du juge du procès a eu un effet néfaste sur la décision de l’appellant quant à l’opportunité de témoigner pour sa propre défense, comme il avait le droit de le faire. Il nous est impossible de savoir ce que l’appellant aurait pu dire et, par conséquent, nous ne pouvons dire avec certitude qu’il n’y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur de droit (ce qui est le critère d’application de la disposition en cause — *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599).

IV. Conclusion

En résumé, la demande de type *Corbett* devrait être présentée après que le ministère public a terminé la présentation de sa preuve. Si le juge du procès l’estime nécessaire, il devrait y avoir un

11

12

13

evidence it intends to call, so he or she can make a fully informed ruling on the application. This ruling may be subject to modification if the defence evidence departs significantly from what was disclosed. In this case, the trial judge refused to rule until after the appellant had testified, and in so doing, he erred. Because the trial judge's error resulted in the appellant declining to testify in his own defence, this is not an appropriate case for the application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii). I would therefore allow the appeal and order a new trial.

Appeal allowed and new trial ordered.

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

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

voir-dire au cours duquel la défense divulguerait la preuve qu'elle compte produire, afin qu'il puisse rendre une décision tout à fait éclairée sur la demande. Cette décision peut être modifiée subséquentement si la preuve de la défense s'écarte sensiblement de celle divulguée. En l'espèce, le juge du procès a refusé de statuer tant que l'appelant n'aurait pas témoigné, et ce faisant, il a commis une erreur. Étant donné que son erreur a amené l'appelant à refuser de témoigner pour sa propre défense, il n'y a pas lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii). Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

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

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Damon Gregory Horne *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HORNE

File No.: 25240.

1998: January 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Accomplice — Corroboration — Clear and correct warning properly given to the jury.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [1996] A.J. No. 214 (QL), dismissing an appeal from conviction by Ritter J. Appeal dismissed.

Damon Gregory Horne, on his own behalf.

Paul Moreau, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J. — A clear and correct warning was properly given to the jury with regard to the evidence of Ms. McKenzie.

There was as well a great deal of cogent evidence that corroborated her testimony.

In these circumstances, we agree with the reasons of the majority of the Alberta Court of Appeal that the verdict of the jury was not unreasonable.

This appeal as of right is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Damon Gregory Horne *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HORNE

N° du greffe: 25240.

1998: 23 janvier.

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

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

Droit criminel — Preuve — Complice — Corroboration — Mise en garde claire et correcte convenablement donnée au jury.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [1996] A.J. No. 214 (QL), ayant rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Ritter. Pourvoi rejeté.

Damon Gregory Horne, en personne.

Paul Moreau, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Une mise en garde appropriée, claire et correcte a été donnée au jury relativement au témoignage de M^{me} McKenzie. 1

Il y avait, de plus, une preuve convaincante considérable corroborant son témoignage. 2

Dans ces circonstances, nous souscrivons aux motifs de la majorité de la Cour d'appel selon lesquels le verdict du jury n'était pas déraisonnable. 3

Le présent appel de plein droit est, par conséquent, rejeté. 4

Jugement en conséquence.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Mark John Maracle *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MARACLE

File No.: 26034.

1998: January 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Trial judge ruling that accused's trial had been unreasonably delayed and ordering that charges be stayed — Whether Court of Appeal properly reversing stay.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1997] O.J. No. 1937 (QL), allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings entered by the Ontario Court (General Division), [1996] O.J. No. 166 (QL), and ordering a trial. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Iacobucci JJ. dissenting.

John R. Mann and Noëlle Caloren, for the appellant.

Alexander Alvaro, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ L'HEUREUX-DUBÉ J. — The majority of Cory, McLachlin and Major JJ. would allow the appeal. In their view, the trial judge carefully considered all the relevant factors referred to by this Court in *Askov* and *Morin* and made no error in the

Mark John Maracle *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MARACLE

N° du greffe: 26034.

1998: 23 janvier.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Juge du procès statuant que le procès de l'accusé a été retardé déraisonnablement et ordonnant l'arrêt des procédures — La Cour d'appel a-t-elle annulé à bon droit l'arrêt des procédures?

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1997] O.J. No. 1937 (QL), qui a accueilli l'appel du ministère public contre un arrêt des procédures ordonné par la Cour de l'Ontario (Division générale), [1996] O.J. No. 166 (QL), et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et Iacobucci sont dissidents.

John R. Mann et Noëlle Caloren, pour l'appelant.

Alexander Alvaro, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Les juges majoritaires Cory, McLachlin et Major sont d'avis d'accueillir l'appel. Selon eux, le juge du procès a examiné attentivement tous les facteurs pertinents mentionnés par notre Cour dans *Askov* et *Morin* et

manner in which he exercised his discretion, L'Heureux-Dubé and Iacobucci JJ. dissenting for the following reasons. In their view, the Ontario Court of Appeal was correct in finding error in the trial judge's dealing with the period of delay and the matter of prejudice to the appellant. Balancing all of the relevant guidelines from *Askov* and *Morin*, the Court of Appeal properly reversed the stay ordered by the trial judge and so they would accordingly dismiss the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: John R. Mann, Port Elgin, Ontario.

Solicitor for the respondent: Alexander Alvaro, Toronto.

n'a commis aucune erreur dans la façon dont il a exercé son pouvoir discrétionnaire, les juges L'Heureux-Dubé et Iacobucci étant dissidents pour les raisons suivantes. À leur avis, la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de conclure que le juge du procès a commis une erreur en ce qui a trait à la longueur du délai et au préjudice causé à l'appellant. Soupesant toutes les lignes directrices pertinentes tirées de *Askov* et de *Morin*, la Cour d'appel a, à bon droit, infirmé l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès, et, en conséquence, ils rejetteraient l'appel.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant: John R. Mann, Port Elgin, Ontario.

Procureur de l'intimée: Alexander Alvaro, Toronto.

Fayezah Jassim Shalaan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SHALAAAN

File No.: 26029.

1998: January 28.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Parties to offences — Accessory after the fact — Court of Appeal correct in holding that it is not necessary to convict a principal in order to convict an accessory.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1997), 159 N.S.R. (2d) 285, 468 A.P.R. 285 (*sub nom. R. v. F.J.S.*), 115 C.C.C. (3d) 450 (*sub nom. R. v. S. (F.J.)*), [1997] N.S.J. No. 174 (QL), allowing the Crown's appeal from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court (1996), 153 N.S.R. (2d) 35, 108 C.C.C. (3d) 220, [1996] N.S.J. No. 265 (QL), acquitting the accused of being an accessory after the fact. Appeal dismissed.

Patrick J. Duncan, Q.C., for the appellant.

Stephanie A. Cleary, for the respondent

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ THE CHIEF JUSTICE — This appeal comes to us as of right. Substantially for the reasons of Jones J.A. of the Court of Appeal of Nova Scotia, we are all of the view that this appeal fails and is therefore dismissed and the order of the Court of Appeal is affirmed.

Judgment accordingly.

Fayezah Jassim Shalaan *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SHALAAAN

N° du greffe: 26029.

1998: 28 janvier.

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

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

Droit criminel — Participants à des infractions — Complicité après le fait — Cour d'appel concluant à juste titre qu'il n'est pas nécessaire de reconnaître la culpabilité de l'auteur principal d'une infraction pour pouvoir déclarer coupable un complice après le fait.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1997), 159 N.S.R. (2d) 285, 468 A.P.R. 285 (*sub nom. R. c. F.J.S.*), 115 C.C.C. (3d) 450 (*sub nom. R. c. S. (F.J.)*), [1997] N.S.J. No. 174 (QL), qui a accueilli l'appel du ministère public contre un jugement de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1996), 153 N.S.R. (2d) 35, 108 C.C.C. (3d) 220, [1996] N.S.J. No. 265 (QL), qui avait déclaré l'accusé non coupable de complicité après le fait. Pourvoi rejeté.

Patrick J. Duncan, c.r., pour l'appelante.

Stephanie A. Cleary, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Essentiellement pour les raisons exposées par le juge Jones de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, nous sommes tous d'avis que le présent pourvoi échoue et il est donc rejeté, l'ordonnance de la Cour d'appel étant confirmée.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Beveridge, Lambert & Duncan, Halifax.

Procureurs de l'appelante: Beveridge, Lambert & Duncan, Halifax.

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

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

Doris Bekoe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BEKOE

File No.: 25615.

1998: January 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Welfare fraud arising from non-reporting of change of marital status — Defence evidence as to traditional African marriage rejected at trial — Trial judge not misapprehending defence evidence.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1996] O.J. No. 3377 (QL), dismissing the accused's appeal from her conviction for fraud. Appeal dismissed.

Michael Lomer, for the appellant.

Beverly A. Brown, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 CORY J. — We are all of the view that there was no error in the reasons and conclusion of the majority of the Court of Appeal.

2 This appeal as of right is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Lomer, Frost, Toronto.

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

Doris Bekoe *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BEKOE

N° du greffe: 25615.

1998: 30 janvier.

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

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

Droit criminel — Preuve — Perception frauduleuse d'aide sociale résultant de l'omission de déclarer un changement d'état civil — Rejet au procès de la preuve de la défense quant au mariage traditionnel en Afrique — Juge du procès n'ayant pas mal compris la preuve de la défense.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1996] O.J. No. 3377 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusée contre sa déclaration de culpabilité de fraude. Pourvoi rejeté.

Michael Lomer, pour l'appelante.

Beverly A. Brown, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Nous sommes tous d'avis qu'il n'y a aucune erreur dans les motifs et la conclusion de la Cour d'appel à la majorité.

Le présent pourvoi de plein droit est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Lomer, Frost, Toronto.

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

**IN THE MATTER OF the Bankruptcy of
Carol Anne Giffen**

**R. West & Associates Inc. and the Attorney
General of British Columbia** *Appellants*

v.

**Telecom Leasing Canada (TLC)
Limited** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario and the
Attorney General for Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: GIFFEN (RE)

File No.: 25193.

1997: October 8; 1998: February 12.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Bankruptcy and insolvency — Personal property security — Company employee leasing vehicle — Lessor failing to register financing statements under B.C. Personal Property Security Act and thus perfect its security interest — Employee making assignment in bankruptcy — Property of bankrupt vesting in trustee under Bankruptcy and Insolvency Act — Unperfected security interest in collateral not effective against trustee under Personal Property Security Act — Whether trustee entitled to proceeds of sale of vehicle — Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, c. 36, s. 20(b)(i) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 67(1), 71(2).

The respondent lessor leased a car to a company which in turn leased it to G, one of its employees. The lease between G and her employer was for more than one year and gave G the option of purchasing the vehicle from the lessor. Although the lessor was not a party

* Sopinka J. took no part in the judgment.

**DANS L'AFFAIRE DE la faillite de Carol
Anne Giffen**

**R. West & Associates Inc. et le procureur
général de la Colombie-
Britannique** *Appellants*

c.

**Telecom Leasing Canada (TLC)
Limited** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, le
procureur général de l'Ontario et le
procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: GIFFEN (RE)

N° du greffe: 25193.

1997: 8 octobre; 1998: 12 février.

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

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

Faillite et insolvabilité — Sûreté mobilière — L'employée d'une société loue un véhicule — La bailleuse omet d'enregistrer une déclaration de financement en application de la Personal Property Security Act de la Colombie-Britannique et donc, de parfaire sa sûreté — L'employée produit une cession de faillite — Les biens de la faillite sont dévolus au syndic en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — La sûreté non parfaite grevant un bien est inopposable au syndic de faillite en vertu de la Personal Property Security Act — Le syndic a-t-il droit au produit de la vente? — Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, ch. 36, art. 20b)(i) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67(1), 71(2).

La bailleuse intimée a loué une voiture à une société qui, à son tour, l'a louée à G, l'une de ses employés. Le bail intervenu entre G et son employeur était d'une durée supérieure à une année et il stipulait, au profit de G, une option d'achat du véhicule. Bien qu'elle n'ait pas

* Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

to the lease agreement, it played an important role in the arrangement. The lessor received a deposit from G, it fixed the lease rates, and it was entitled to receive payments directly from G if her employer stopped paying her. The lessor and G were also named as the owners of the vehicle in the registration and insurance documents; the lessor was described as the "lessor" and G was described as the "lessee". G made an assignment in bankruptcy. Neither the lessor nor the employer had registered financing statements under the British Columbia *Personal Property Security Act* ("PPSA") in respect of their leases, with the result that the lessor's security interest in the car was not perfected. The lessor seized the vehicle and sold it with the appellant trustee's consent. The trustee subsequently brought a motion for an order that it was entitled to the proceeds of sale, relying on s. 20(b)(i) of the PPSA, which provides that a security interest in collateral is not effective against a trustee in bankruptcy if the security interest is unperfected at the date of the bankruptcy. The lessor opposed the claim on the grounds that the bankrupt never owned the car and that the trustee could not have a better claim to the car than the bankrupt had. The trial judge held that the lessor's unperfected security interest was of no effect as against the trustee. The Court of Appeal reversed the decision and held that the proceeds properly belonged to the lessor.

Held: The appeal should be allowed.

The definition of "security interest" in the PPSA explicitly includes leases for a term of more than one year. The lessor's interest in the car is the reservation of title in the car; this interest, created by the lease agreement, falls within the ambit of the PPSA. Since the lessor did not have possession of the car and did not register its security interest, it held an unperfected security interest in the car prior to the bankruptcy. The bankrupt's right to use and possession of the car constitutes "property" for the purposes of the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"), which passed to the trustee by virtue of s. 71(2). Section 12(2) of the PPSA also recognizes that a lessee obtains a proprietary interest in leased goods. Here, the trustee's possessory interest in the car comes into competition with the unperfected security interest of the lessor. On a plain reading of s. 20(b)(i) of the PPSA, the lessor's interest in the car is ineffective

été partie au contrat de location, la bailleresse jouait un rôle important dans le régime qui y était prévu. La bailleresse a reçu un dépôt de G, elle a fixé le taux de location et elle avait le droit de recevoir les paiements directement de G dans l'éventualité où l'employeur de cette dernière cessait de la payer. En outre, la bailleresse et G étaient désignées comme propriétaires du véhicule dans les documents d'immatriculation et d'assurance concernant la voiture; la bailleresse y était mentionnée en tant que «bailleresse» et G, en tant que «preneuse à bail». G a produit une cession de faillite. Ni la bailleresse ni l'employeur n'avaient enregistré une déclaration de financement relativement à leur bail en application de la *Personal Property Security Act* («PPSA») de la Colombie-Britannique. En raison de cette omission, la sûreté grevant la voiture au profit de la bailleresse n'était pas parfaite. La bailleresse a saisi le véhicule et l'a vendu avec le consentement du syndic appelant. Par la suite, le syndic a présenté une requête en vue d'obtenir une ordonnance portant qu'il avait droit au produit de la vente, en se fondant sur le sous-al. 20b)(i) de la PPSA, lequel prévoit que la sûreté grevant un bien est inopposable au syndic de faillite si, à la date de la faillite, elle est non parfaite. La bailleresse s'est opposée en faisant valoir que la voiture n'avait jamais appartenu à la faillie et que la réclamation du syndic ne pouvait être mieux fondée que celle qu'aurait exercée la faillie elle-même. Le juge de première instance a conclu que la sûreté non parfaite de la bailleresse était inopposable au syndic. La Cour d'appel a annulé la décision et conclu que le produit de la vente appartenait légitimement à la bailleresse.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La définition du mot «sûreté» qui figure dans la PPSA vise expressément les baux d'une durée de plus d'une année. L'intérêt de la bailleresse à l'égard de la voiture est constitué par la réserve du titre de propriété du véhicule; cet intérêt, issu du contrat de location, est visé par la PPSA. Vu que la bailleresse n'avait pas la possession de la voiture et qu'elle n'a pas enregistré sa sûreté, elle était titulaire, avant la faillite, d'une sûreté non parfaite grevant la voiture. Le droit de la faillie d'utiliser la voiture et d'en avoir la possession constitue un «bien» pour l'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* («LFI») qui a été dévolu au syndic en vertu du par. 71(2). Le paragraphe 12(2) de la PPSA reconnaît également que le preneur à bail obtient un intérêt propriétaire à l'égard des biens pris à bail. En l'espèce, l'intérêt fondé sur la possession dont est titulaire le syndic à l'égard de la voiture entre en concurrence avec la sûreté

against the trustee. While the effect of s. 20(b)(i), on the present facts, is that the trustee ends up with full rights to the car when the bankrupt had only a right of use and possession, s. 20(b)(i) modifies the principle that a trustee is limited to the rights in the property enjoyed by the bankrupt. The issue is not ownership of the vehicle, but rather priority to it. Although federal bankruptcy legislation provides that a trustee shall step into the shoes of the bankrupt and as a general rule acquires no higher right in the property of the bankrupt than that which the bankrupt enjoyed, it is a policy choice of the legislature that an unsecured creditor's position, as represented by the trustee, is more meritorious than the unperfected security interest of a secured creditor.

The trustee can sell the car and confer good title. The lessor could have made a claim against the car under s. 81 of the *BIA*. This claim would have been defeated by the trustee in reliance on s. 20(b)(i) of the *PPSA*. Both the defeat of a claim and the failure to make a claim under s. 81 result in the effective abandonment or relinquishment of any claim to the car.

Section 20(b)(i) of the *PPSA* does not offend the priorities set out in the *BIA*, but rather is only one element of the provincial legislation which serves to define the rights of the parties involved in a bankruptcy. More particularly, s. 20(b)(i) serves, on the present facts, to define the rights of the lessor and indicates that for the purpose of the bankruptcy, the lessor does not have the status of a secured creditor. Even though bankruptcy is clearly a federal matter, and even though it has been established that the federal Parliament alone can determine distribution priorities, the *BIA* is dependent on provincial property and civil rights legislation in order to inform the terms of the *BIA* and the rights of the parties involved in the bankruptcy.

Since s. 20(b)(i) of the *PPSA* provides that the lessor's unperfected security interest is ineffective against the interest acquired by the trustee, the trustee need not make an election under s. 30(1)(k) of the *BIA* in order to realize its interest in the car.

non parfaite de la bailleuse. Il ressort d'une lecture ordinaire du sous-al. 20b)(i) de la *PPSA* que l'intérêt de la bailleuse à l'égard de la voiture n'est pas opposable au syndic. Certes, dans les circonstances du présent pourvoi, cette disposition a pour effet d'accorder au syndic la plénitude des droits à l'égard de la voiture, alors que la faillie n'avait que le droit d'usage et de possession, mais le sous-al. 20b)(i) modifie le principe selon lequel ne sont dévolus au syndic que les droits dont le failli était titulaire sur les biens visés. La question en litige n'est pas de savoir à qui appartient le véhicule, mais plutôt à qui doit être accordée la priorité à l'égard de celui-ci. Bien que la législation fédérale en matière de faillite prévoient qu'un syndic doit prendre la place du failli et que, règle générale, il n'obtient pas plus de droits sur les biens du failli que n'en avait ce dernier, le législateur a décidé — et il s'agit là d'un choix de politique générale — que la position du créancier non garanti représenté par le syndic est plus méritoire que celle du créancier garanti titulaire d'une sûreté non parfaite.

Le syndic peut vendre la voiture et conférer un titre libre. La bailleuse aurait pu présenter une réclamation à l'égard de la voiture en vertu de l'art. 81 de la *LFI*. La réclamation se serait heurtée au syndic sur le fondement du sous-al. 20b)(i) de la *PPSA*. Le rejet de la réclamation tout comme la non-présentation de la réclamation visée à l'art. 81 entraînent, en fait, le délaissement ou l'abandon de toute réclamation à l'égard de la voiture.

Le sous-alinéa 20b)(i) de la *PPSA* ne porte pas atteinte aux priorités établies dans la *LFI*; il n'est que l'un des éléments de la législation provinciale qui sert à définir les droits des parties impliquées dans une faillite. Plus particulièrement, le sous-al. 20b)(i) définit, en l'espèce, les droits de la bailleuse et énonce qu'aux fins de la faillite, la bailleuse n'a pas la qualité de créancière garantie. Bien que la faillite soit clairement une matière fédérale et bien qu'il ait été établi que seul le législateur fédéral pouvait arrêter l'ordre de priorité en matière de distribution, il faut nécessairement se référer aux lois provinciales en matière de propriété et de droits civils pour définir les termes utilisés dans la *LFI* et les droits des parties impliquées dans la faillite.

Vu que le sous-al. 20b)(i) de la *PPSA* prévoit que la sûreté non parfaite du bailleur est inopposable à l'intérêt acquis par le syndic, celui-ci n'a pas à faire de choix en vertu de l'al. 30(1)(k) de la *LFI* pour réaliser son intérêt à l'égard de la voiture.

G did not hold the car on resulting trust for the lessor, since the contract of lease does not contemplate the creation of a trust.

G ne détenait pas la voiture pour la bailleuse en vertu d'une fiducie par déduction, étant donné que le contrat de location ne prévoit pas la création d'une fiducie.

Cases Cited

Distinguished: *Fleeming v. Howden* (1868), L.R. 1 Sc. & Div. 372; *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631; **approved:** *International Harvester Credit Corp. of Canada Ltd. v. Bell's Dairy Ltd. (Trustee of)* (1986), 61 C.B.R. (N.S.) 193; *Donaghy v. CNS Vehicle Leasing*, [1992] 6 W.W.R. 70; *David Morris Fine Cars Ltd. v. North Sky Trading Inc. (Trustee of)*, [1996] 7 W.W.R. 332; **referred to:** *Paccar Financial Services Ltd. v. Sinco Trucking Ltd. (Trustee of)*, [1989] 3 W.W.R. 481; *Re Perepeluk*; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Touche Ross Ltd.*, [1986] 2 W.W.R. 631; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Re Nishi Industries*, [1978] 6 W.W.R. 736; *Re Cadieux and Jas. A. Ogilvy's Ltd.* (1952), 33 C.B.R. 15; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3 [am. 1992, c. 27, s. 2], ss. 2 "property", 30(1)(k), 67(1) [*idem*, s. 33], 71, 72, 81, 136(1).
Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, c. 36, ss. 1 "security interest", 2(1), 3 [rep. & sub. 1993, c. 28, s. 16], 12(1)(b), (2), 20(b)(i), 21 [rep. & sub. 1990, c. 11, s. 5], 24, 25.

Authors Cited

Buckwold, Tamara M., and Ronald C. C. Cuming. "The *Personal Property Security Act* and the *Bankruptcy and Insolvency Act*: Two Solitudes or Complementary Systems?" (1997), 12 *Banking & Finance L. Rev.* 467.
 Cuming, Ronald C. C. "Canadian Bankruptcy Law: A Secured Creditor's Heaven" (1994), 24 *Can. Bus. L.J.* 17.
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

Jurisprudence

Distinction faite d'avec les arrêts: *Fleeming c. Howden* (1868), L.R. 1 Sc. & Div. 372; *Flintoft c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 631; **arrêts approuvés:** *International Harvester Credit Corp. of Canada Ltd. c. Bell's Dairy Ltd. (Trustee of)* (1986), 61 C.B.R. (N.S.) 193; *Donaghy c. CNS Vehicle Leasing*, [1992] 6 W.W.R. 70; *David Morris Fine Cars Ltd. c. North Sky Trading Inc. (Trustee of)*, [1996] 7 W.W.R. 332; **arrêts mentionnés:** *Paccar Financial Services Ltd. c. Sinco Trucking Ltd. (Trustee of)*, [1989] 3 W.W.R. 481; *Re Perepeluk*; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Touche Ross Ltd.*, [1986] 2 W.W.R. 631; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Re Nishi Industries*, [1978] 6 W.W.R. 736; *Re Cadieux and Jas. A. Ogilvy's Ltd.* (1952), 33 C.B.R. 15; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24.

Lois et règlements cités

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3 [mod. 1992, ch. 27, art. 2], art. 2 «biens», 30(1)(k), 67(1) [*idem*, art. 33], 71, 72, 81, 136(1).
Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, ch. 36, art. 1 «security interest» («sûreté»), 2(1), 3 [abr. & rempl. 1993, ch. 28, art. 16], 12(1)(b), (2), 20(b)(i), 21 [abr. & rempl. 1990, ch. 11, art. 5], 24, 25.

Doctrine

Buckwold, Tamara M., and Ronald C. C. Cuming. «The *Personal Property Security Act* and the *Bankruptcy and Insolvency Act*: Two Solitudes or Complementary Systems?» (1997), 12 *Banking & Finance L. Rev.* 467.
 Cuming, Ronald C. C. «Canadian Bankruptcy Law: A Secured Creditor's Heaven» (1994), 24 *Can. Bus. L.J.* 17.
 Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

Ziegel, Jacob S. "Personal Property Security and Bankruptcy: There Is No War! — A Reply to Roman and Sweatman" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 44.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 16 B.C.L.R. (3d) 29, 131 D.L.R. (4th) 453, [1996] 5 W.W.R. 111, 69 B.C.A.C. 161, 113 W.A.C. 161, 37 C.B.R. (3d) 297, [1996] B.C.J. No. 37 (QL), reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 326, [1994] 6 W.W.R. 439, 29 C.B.R. (3d) 309, [1994] B.C.J. No. 857 (QL), allowing the appellant trustee's action. Appeal allowed.

Geoffrey H. Dabbs, for the appellant R. West & Associates Inc.

R. Richard M. Butler, for the appellant the Attorney General of British Columbia.

John Douglas Shields and *Alastair Wade*, for the respondent.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Jan Brongers*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Richard J. K. Stewart, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Written submissions only by *James A. Baird*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — The principal question raised by this appeal is whether s. 20(b)(i) of the *Personal Property Security Act*, S.B.C. 1989, c. 36 ("PPSA"), can render a lessor's unperfected security interest in personal property ineffective against the rights acquired in the property by the trustee in bankruptcy, which finds its authority under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3 ("BIA"). I conclude that s. 20(b)(i) operates, on the present facts, to defeat the unperfected security interest of the respondent Telecom Leasing Canada (TLC) Limited (the "lessor"), in favour

Ziegel, Jacob S. «Personal Property Security and Bankruptcy: There Is No War! — A Reply to Roman and Sweatman» (1993), 72 *R. du B. can.* 44.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 16 B.C.L.R. (3d) 29, 131 D.L.R. (4th) 453, [1996] 5 W.W.R. 111, 69 B.C.A.C. 161, 113 W.A.C. 161, 37 C.B.R. (3d) 297, [1996] B.C.J. No. 37 (QL), qui a annulé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 326, [1994] 6 W.W.R. 439, 29 C.B.R. (3d) 309, [1994] B.C.J. No. 857 (QL), qui avait accueilli l'action du syndic appellant. Pourvoi accueilli.

Geoffrey H. Dabbs, pour l'appelante R. West & Associates Inc.

R. Richard M. Butler, pour l'appelant le procureur général de la Colombie-Britannique.

John Douglas Shields et *Alastair Wade*, pour l'intimée.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Jan Brongers*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Richard J. K. Stewart, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *James A. Baird*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — La principale question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si le sous-al. 20b)(i) de la *Personal Property Security Act*, S.B.C. 1989, ch. 36 («PPSA»), peut rendre la sûreté non parfaite, constituée sur un bien personnel au profit d'une bailleresse, inopposable aux droits acquis par le syndic de faillite sur le bien grevé en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 («LFI»). Je conclus que le sous-al. 20b)(i) a pour effet, dans les circonstances de l'espèce, d'écarter la sûreté non parfaite de l'intimée Telecom Leasing Canada (TLC)

of the interest acquired by the appellant R. West & Associates Inc. (the “trustee”).

Limited (la «bailleresse») en faveur de l’intérêt acquis par l’appelante R. West & Associates Inc. (le «syndic»).

2 Constitutional questions were raised in this appeal; however, in my view of the case, it is not necessary to address these issues. A reading of the provisions of the *BIA* and the *PPSA* in question reveals that no conflict arises in the operation of the legislation.

Des questions constitutionnelles ont été soulevées dans le présent pourvoi; cependant, selon l’analyse que je fais de l’affaire, il n’est pas nécessaire de les examiner. Il ressort de la lecture des dispositions pertinentes de la *LFI* et de la *PPSA* que l’application de la législation ne suscite aucun conflit.

1. Facts

1. Les faits

3 On October 27, 1992, the lessor leased a 1993 Saturn car to the B.C. Telephone Company, which in turn leased the car to one of its employees, Carol Anne Giffen (the “bankrupt”). The bankrupt and her employer were parties to the agreement of lease entitled “Employee Agreement Personal Vehicle Lease Program/Flex Lease Program”. The term of the lease was for more than one year. The lease gave the bankrupt the option of purchasing the vehicle from the lessor.

Le 27 octobre 1992, la bailleresse a loué une voiture de marque Saturn, modèle 1993, à B.C. Telephone Company qui, à son tour, l’a louée à l’une de ses employés, Carol Anne Giffen (la «faillie»). La faillie et son employeur ont conclu un contrat de location intitulé [TRADUCTION] *Accord conclu avec l’employé dans le cadre du programme de location de véhicules pour usage non professionnel/Programme Flexi-bail*. La durée du bail était supérieure à une année. Le contrat stipulait au profit de la faillie une option d’achat du véhicule.

4 Although the lessor was not a party to the agreement, it played an important role in the arrangement contemplated by the agreement. More specifically, the lessor received a deposit from the bankrupt, it fixed the lease rates, and it was entitled to receive payments directly from the lessee/bankrupt if her employer stopped paying her. Further, the lessor and the bankrupt were named as the owners of the vehicle in the registration and insurance documents relating to the vehicle; the lessor was described as the “lessor” and the bankrupt was described as the “lessee”.

Bien qu’elle n’ait pas été partie au contrat, la bailleresse jouait un rôle important dans le régime qui y était prévu. Plus précisément, la bailleresse a reçu un dépôt de la faillie, elle a fixé le taux de location et elle avait le droit de recevoir les paiements directement de la preneuse à bail/faillie dans l’éventualité où l’employeur de cette dernière cessait de la payer. En outre, la bailleresse et la faillie étaient désignées comme propriétaires du véhicule dans les documents d’immatriculation et d’assurance concernant la voiture; la bailleresse y était mentionnée en tant que «bailleresse» et la faillie, en tant que «preneuse à bail».

5 The bankrupt made an assignment in bankruptcy on October 12, 1993. Neither the lessor nor the B.C. Telephone Company had registered financing statements under the *PPSA* in respect of their leases. The failure to register meant that the lessor’s security interest in the car was not perfected, as defined in the *PPSA*, at the time of the assignment in bankruptcy.

La faillie a produit une cession de faillite le 12 octobre 1993. Ni la bailleresse ni B.C. Telephone Company n’avaient enregistré une déclaration de financement relativement à leur bail en application de la *PPSA*. En raison de cette omission, la sûreté grevant la voiture au profit de la bailleresse n’était pas parfaite, au sens de la *PPSA*, au moment de la cession de faillite.

The appellant was appointed as the trustee in bankruptcy. The lessor seized the vehicle and sold it with the trustee's consent; proceeds of \$10,154.54 were held in trust by the lessor's counsel. The trustee subsequently brought a motion for an order that it was entitled to the proceeds of sale relying on s. 20(b)(i) of the *PPSA*. The lessor opposed the claim on the grounds that the bankrupt never owned the car and that the trustee could not have a better claim to the car than the bankrupt had.

Hood J. of the Supreme Court of British Columbia held that, by virtue of s. 20(b)(i) of the *PPSA*, the unperfected security interest of the lessor was of no effect as against the trustee. Hood J. ordered that the proceeds from the sale of the vehicle be paid over to the trustee. The lessor appealed to the Court of Appeal for British Columbia; the Attorney General of British Columbia was granted leave to intervene as a party respondent in the appeal. The Court of Appeal allowed the appeal and held that the proceeds properly belonged to the lessor.

2. Relevant Statutory Provisions

Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, c. 36

2. (1) Subject to section 4, this Act applies

- (a) to every transaction that in substance creates a security interest, without regard to its form and without regard to the person who has title to the collateral, and
- (b) without limiting the generality of paragraph (a), to a chattel mortgage, a conditional sale, a floating charge, a pledge, a trust indenture, a trust receipt, an assignment, a consignment, a lease, a trust, and a transfer of chattel paper where they secure payment or performance of an obligation.

3. Subject to sections 4 and 55, this Act applies to

- (a) a transfer of an account or chattel paper,

L'appelante a été nommée syndic de faillite. La bailleresse a saisi le véhicule et l'a vendu avec le consentement du syndic; le produit de la vente, soit 10 154,54 \$, était détenu en fiducie par l'avocat de la bailleresse. Se fondant sur le sous-al. 20b)(i) de la *PPSA*, le syndic a présenté par la suite une requête en vue d'obtenir une ordonnance portant qu'il avait droit au produit de la vente. La bailleresse s'est opposée en faisant valoir que la voiture n'avait jamais appartenu à la faillie et que la réclamation du syndic ne pouvait être mieux fondée que celle qu'aurait exercée la faillie elle-même.

Le juge Hood de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu qu'en vertu du sous-al. 20b)(i) de la *PPSA*, la sûreté non parfaite de la bailleresse était inopposable au syndic. Le juge Hood a ordonné que le produit de la vente du véhicule soit remis au syndic. La bailleresse a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique; le procureur général de la Colombie-Britannique a obtenu l'autorisation d'intervenir en appel à titre de partie intimée. La Cour d'appel a accueilli l'appel et conclu que le produit de la vente appartenait légitimement à la bailleresse.

2. Les dispositions législatives pertinentes

Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, ch. 36

[TRADUCTION]

2. (1) Sous réserve de l'article 4, la présente loi s'applique:

- a) à toute opération qui constitue, quant au fond, une sûreté, quels que soient sa forme et le propriétaire du bien grevé;
- b) sans limiter la portée générale de l'alinéa a), à une hypothèque mobilière, une vente conditionnelle, une charge flottante, un gage, un acte de fiducie, une quittance de fiducie, une cession, une consignation, un bail, une fiducie et à la cession d'un acte mobilier, lorsqu'ils garantissent un paiement ou l'exécution d'une obligation.

3. Sous réserve des articles 4 et 55, la présente loi s'applique:

- a) à une cession de créance ou d'acte mobilier,

6

7

8

- (b) a commercial consignment, and
- (c) a lease for a term of more than one year

that do not secure payment or performance of an obligation.

20. A security interest

. . .

- (b) in collateral is not effective against

- (i) a trustee in bankruptcy if the security interest is unperfected at the date of the bankruptcy. . . .

21. Where the interest of a lessor under a lease for a term of more than one year or of a consignor under a commercial consignment is not effective against a judgment creditor under section 20 (a) or a trustee or liquidator under section 20 (b), the lessor or consignor is deemed, as against the lessee or consignee, as the case may be, to have suffered, immediately before the seizure of the leased or consigned goods or the date of the bankruptcy or winding-up order, damages in an amount equal to

- (a) the value of the leased or consigned goods at the date of the seizure, bankruptcy or winding-up order, and
- (b) the amount of loss other than that referred to in paragraph (a) that results from the termination of the lease or consignment.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3

30. (1) The trustee may, with the permission of the inspectors, do all or any of the following things:

. . .

- (k) elect to retain for the whole [or] part of its unexpired term, or to assign, surrender or disclaim any lease of, or other temporary interest in, any property of the bankrupt

67. (1) The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

- (a) property held by the bankrupt in trust for any other person,
- (b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under the laws of

- b) à une consignation commerciale,
- c) à un bail d'une durée de plus d'une année

qui ne garantissent pas un paiement ni l'exécution d'une obligation.

20. La sûreté

. . .

- b) grevant un bien est inopposable aux personnes suivantes:

- (i) le syndic de faillite si, à la date de la faillite, elle est non parfaite

21. Lorsque l'intérêt du bailleur aux termes d'un bail d'une durée de plus d'une année ou du consignateur aux termes d'une consignation commerciale n'est pas opposable au créancier judiciaire visé à l'alinéa 20a) ni au syndic ou liquidateur visé à l'alinéa 20b), le bailleur ou le consignateur est réputé, à l'égard du preneur à bail ou du consignataire, le cas échéant, avoir subi, immédiatement avant la saisie des objets loués ou consignés ou avant la date de la faillite ou de l'ordonnance de mise en liquidation, des dommages dont le montant correspond à la somme des éléments suivants:

- a) la valeur des objets loués ou consignés à la date de la saisie, de la faillite ou de l'ordonnance de mise en liquidation;
- b) le montant de la perte autre que celle qui est mentionnée à l'alinéa a) et qui résulte de la résiliation du bail ou de la consignation.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3

30. (1) Avec la permission des inspecteurs, le syndic peut:

. . .

- k) décider de retenir, durant la totalité ou durant une partie de la période en restant à courir, ou de céder, abandonner ou désavouer tout bail ou autre intérêt provisoire se rattachant à un bien du failli;

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

- a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;
- b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime de lois de la

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.

71. (1) A bankruptcy shall be deemed to have relation back to, and to commence at the time of the filing of, the petition on which a receiving order is made or of the filing of an assignment with the official receiver.

(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.

72. (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

(2) No receiving order, assignment or other document made or executed under the authority of this Act shall, except as otherwise provided in this Act, be within the operation of any legislative enactment in force at any time in any province relating to deeds, mortgages, judgments, bills of sale, chattel mortgages, property or registration of documents affecting title to or liens or charges on real or personal property.

81. (1) Where a person claims any property, or interest therein, in the possession of a bankrupt at the time of the bankruptcy, he shall file with the trustee a proof of claim verified by affidavit giving the grounds on which the claim is based and sufficient particulars to enable the property to be identified.

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.

71. (1) La faillite est réputée rétroagir et commencer au moment du dépôt de la pétition sur laquelle une ordonnance de séquestre est rendue, ou au moment de la production d'une cession auprès du séquestre officiel.

(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.

72. (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

(2) Nulle ordonnance de séquestre, cession ou autre document fait ou souscrit sous l'autorité de la présente loi n'est sujet, sauf disposition contraire de la présente loi, à l'application de toute loi en vigueur à toute époque dans une province relativement aux actes, hypothèques, jugements, actes de vente, nantissements, biens ou enregistrements de pièces affectant le titre aux biens, meubles ou immeubles, ou les privilèges ou charges sur ces biens.

81. (1) Lorsqu'une personne réclame des biens, ou un intérêt dans des biens, en la possession du failli au moment de la faillite, elle doit produire au syndic une preuve de réclamation attestée par affidavit indiquant les motifs à l'appui de la réclamation et des détails suffisants pour permettre l'identification des biens.

(2) The trustee with whom a proof of claim is filed under subsection (1) shall within fifteen days thereafter or within fifteen days after the first meeting of creditors, whichever is the later, either admit the claim and deliver possession of the property to the claimant or give notice in writing to the claimant that the claim is disputed with his reasons therefor, and, unless the claimant appeals therefrom to the court within fifteen days after the mailing of the notice of dispute, he shall be deemed to have abandoned or relinquished all his right to or interest in the property to the trustee who thereupon may sell or dispose of the property free of any lien, right, title or interest of the claimant.

(3) The onus of establishing a claim to or in property under this section is on the claimant.

(4) The trustee may give notice in writing to any person to prove his claim to or in property under this section, and, unless that person files with the trustee a proof of claim in the prescribed form within fifteen days after the mailing of the notice, the trustee may thereupon with the leave of the court sell or dispose of the property free of any lien, right, title or interest of that person.

(5) No proceedings shall be instituted to establish a claim to, or to recover any right or interest in, any property in the possession of a bankrupt at the time of the bankruptcy, except as provided in this section.

(6) Nothing in this section shall be construed as extending the rights of any person other than the trustee.

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

3. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 326

⁹ Hood J. held that the trustee was entitled to the proceeds from the car. He began his analysis by examining the relationship between the parties and found that the respondent was the lessor and the bankrupt was the lessee of the car, even though the respondent was not party to the lease agreement.

(2) Lorsqu'il reçoit une preuve de réclamation produite en vertu du paragraphe (1), le syndic doit, dans les quinze jours qui suivent la réception ou dans les quinze jours qui suivent la première assemblée de créanciers, selon le fait qui se produit en dernier lieu, soit admettre la réclamation et mettre le réclamant en possession des biens, soit donner au réclamant un avis écrit que la réclamation est contestée et mentionner ses raisons de la contester; à moins que le réclamant n'en appelle au tribunal dans les quinze jours qui suivent l'expédition postale de l'avis de contestation, il sera censé avoir délaissé ou abandonné tout son droit à ces biens ou intérêt dans ces biens au syndic qui peut dès lors les vendre ou les aliéner sans que le réclamant retienne un privilège, droit, titre ou intérêt en l'espèce.

(3) La charge d'établir une réclamation sur des biens, sous l'autorité du présent article, incombe au réclamant.

(4) Le syndic peut donner par écrit avis à toute personne de prouver sa réclamation sur des biens en vertu du présent article; à moins que cette personne ne produise au syndic une preuve de réclamation dans la forme prescrite, dans les quinze jours qui suivent l'expédition postale de l'avis, le syndic peut dès lors, avec l'autorisation du tribunal, vendre ce bien ou l'aliéner sans que cette personne retienne un privilège, droit, titre ou intérêt en l'espèce.

(5) Nulle procédure ne peut être intentée pour établir une réclamation ou pour recouvrer un droit ou un intérêt à l'égard d'un bien en la possession d'un failli au moment de la faillite, sauf disposition contraire du présent article.

(6) Le présent article n'a pas pour effet d'étendre les droits de personnes autres que le syndic.

136. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli sont distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant. . .

3. Les décisions des instances inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 326

Le juge Hood a statué que le syndic avait droit au produit de la vente de la voiture. Il a commencé son analyse en examinant les rapports entre les parties et il a conclu que l'intimée était la bailleuse et que la faillie était la preneuse à bail de la voiture, même si l'intimée n'était pas partie au

He also found that the lease agreement, which was for a period of more than one year, was a "security interest" for the purposes of the *PPSA*.

Hood J. analysed the holding of the Saskatchewan Court of Appeal in *International Harvester Credit Corp. of Canada Ltd. v. Bell's Dairy Ltd. (Trustee of)* (1986), 61 C.B.R. (N.S.) 193. The Saskatchewan Court of Appeal found that a trustee in bankruptcy may acquire a higher interest in property than that enjoyed by the bankrupt through the operation of the *PPSA*. The court also concluded, in accordance with the Saskatchewan *PPSA*, that a lessor's security interest is subordinate to the interest of a trustee in bankruptcy where the lessor failed to perfect its interest. Hood J. added that the trustee's claim in the present case was even stronger than that of the trustee in *International Harvester* since s. 20(b)(i) of the *PPSA* provides that an unperfected security interest will be "not effective against" a trustee in bankruptcy whereas the Saskatchewan equivalent provides that an unperfected security interest will be "subordinate to" the interest of a trustee in bankruptcy.

Hood J. held that the *PPSA* applied on the facts and in so doing he rejected the lessor's argument that this was a matter of exclusive federal jurisdiction governed by the *BIA*. He noted that the constitutionality of the *PPSA* was not in issue before him, and that in *Paccar Financial Services Ltd. v. Sinco Trucking Ltd. (Trustee of)*, [1989] 3 W.W.R. 481 (Sask. C.A.), the Saskatchewan equivalent to s. 20(b)(i) was held to be constitutionally valid.

The learned trial judge rejected the lessor's argument that the trustee had disclaimed the property by failing to elect to retain the lease under s. 30(1)(k) of the *BIA*. He found that this argument ignored the statutory rights granted to the trustee under s. 20(b)(i) of the *PPSA*. Hood J. also dismissed the lessor's argument that a resulting trust existed between the bankrupt and the lessor, and therefore the vehicle did not form part of the bankrupt's estate, as provided by s. 67(1)(a) of the *BIA*.

contrat de location. Il a également jugé que le contrat, dont la durée dépassait une année, était une «sûreté» pour l'application de la *PPSA*.

Le juge Hood a analysé l'arrêt *International Harvester Credit Corp. of Canada Ltd. c. Bell's Dairy Ltd. (Trustee of)* (1986), 61 C.B.R. (N.S.) 193, rendu par la Cour d'appel de la Saskatchewan. Dans cette affaire, la Cour d'appel avait conclu qu'en vertu de la *PPSA*, un syndic de faillite pouvait acquérir à l'égard des biens visés un intérêt supérieur à celui du failli. La cour avait également statué, conformément à la *PPSA* de la Saskatchewan, que la sûreté du bailleur était subordonnée à l'intérêt du syndic de faillite lorsque le bailleur négligeait de parfaire sa sûreté. Le juge Hood a ajouté que la réclamation du syndic en l'espèce était encore mieux fondée que celle du syndic dans l'arrêt *International Harvester*, vu que le sous-al. 20b)(i) de la *PPSA* prévoit qu'une sûreté non parfaite «est inopposable» au syndic de faillite, alors que la disposition équivalente applicable en Saskatchewan prévoit qu'une telle sûreté est [TRADUCTION] «subordonnée» à l'intérêt du syndic de faillite.

Le juge Hood a conclu que la *PPSA* s'appliquait en l'espèce, rejetant de ce fait l'argument de la bailleresse selon lequel il s'agissait d'une matière régie par la *LFI* et relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral. Il a souligné qu'il n'avait pas à se prononcer sur la constitutionnalité de la *PPSA* et qu'il avait été décidé dans l'arrêt *Paccar Financial Services Ltd. c. Sinco Trucking Ltd. (Trustee of)*, [1989] 3 W.W.R. 481 (C.A. Sask.), que le pendant du sous-al. 20b)(i) applicable en Saskatchewan était valide au plan constitutionnel.

Le juge de première instance a rejeté l'argument de la bailleresse voulant que le syndic ait renoncé au bien en ne décidant pas de retenir le bail en application de l'al. 30(1)(k) de la *LFI*. Il a conclu que cet argument ne tenait pas compte des droits accordés par le sous-al. 20b)(i) de la *PPSA* au syndic. Le juge Hood n'a pas retenu non plus la thèse de la bailleresse selon laquelle il existait une fiducie par déduction entre elle et la faillie qui avait pour conséquence que le véhicule ne faisait pas

10

11

12

In Hood J.'s view, the equitable principle of resulting trust could not usurp the clear provisions of the *PPSA* and the rights it conferred upon the trustee. The lessor had also argued that the trustee was estopped from claiming that the vehicle was part of the bankrupt's estate, given that the bankrupt signed a statement of affairs which referred to the vehicle as "fully encumbered". Hood J. stated that the bankrupt's conduct or view of her interest was not determinative of the question of law at issue.

partie des biens de la faillie conformément à l'al. 67(1)a) de la *LFI*. Selon le juge Hood, le principe en *equity* de la fiducie par déduction ne pouvait supplanter les dispositions claires de la *PPSA* et les droits que celle-ci accordait au syndic. La baille-resse a également soutenu que le syndic n'était pas admis à prétendre que le véhicule faisait partie du patrimoine de la faillie, vu que celle-ci avait signé un bilan dans lequel il était mentionné que le véhicule était [TRADUCTION] «entièrement grevé». Le juge Hood a dit que ni la conduite de la faillie, ni l'opinion qu'elle s'était faite au sujet de son intérêt n'étaient déterminantes en ce qui concerne la question de droit en cause.

13 Hood J. concluded that the trustee was entitled to the net sale proceeds from the vehicle, together with an accounting.

Le juge Hood a conclu que le syndic avait le droit de recevoir le produit net de la vente du véhicule ainsi qu'une reddition de compte.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1996), 16 B.C.L.R. (3d) 29

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1996), 16 B.C.L.R. (3d) 29

14 Finch J.A., Macfarlane and Wood J.J.A. concurring, overturned Hood J. and held that the lessor was entitled to the proceeds of the car.

Dans son opinion, à laquelle les juges Macfarlane et Wood ont souscrit, le juge Finch a infirmé la décision du juge Hood et conclu que la baille-resse avait le droit de recevoir le produit de la vente de la voiture.

15 Finch J.A. disagreed with the reasoning and the result in *International Harvester*, which had been followed by the trial judge. In his view, both *International Harvester* and Hood J.'s decision in the case on appeal failed to account for the role of the *BIA* in the circumstances of a bankruptcy. Section 67 of the *BIA* provides that the trustee in bankruptcy shall receive only the "property of the bankrupt" thus there was no legitimate basis for granting to a trustee in bankruptcy a greater claim to the property than that which the bankrupt enjoyed. Finch J.A. held (at p. 40) that to allow the trustee a greater claim to the property than the bankrupt had would "overlook fundamental concepts of bankruptcy law" as expressed in *Fleeming v. Howden* (1868), L.R. 1 Sc. & Div. 372 (H.L.), and *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631.

Le juge Finch était en désaccord avec le raisonnement et le résultat de l'arrêt *International Harvester*, que le juge de première instance avait suivi. À son avis, la décision rendue dans *International Harvester* et celle du juge Hood en l'espèce ne tenaient pas compte du rôle que joue la *LFI* en cas de faillite. L'article 67 de la *LFI* prévoit que le syndic de faillite ne recevra que les «biens du failli»; par conséquent, rien ne justifiait que le syndic de faillite soit autorisé à exercer à l'égard des biens visés une réclamation fondée sur des droits plus étendus que ceux que possédait la faillie. Le juge Finch a conclu (à la p. 40) qu'agir de la sorte ce serait [TRADUCTION] «méconnaître des principes fondamentaux du droit de la faillite» qui ont été exposés dans les arrêts *Fleeming c. Howden* (1868), L.R. 1 Sc. & Div. 372 (H.L.), et *Flintoft c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 631.

16 Finch J.A. rejected the Saskatchewan Court of Appeal's characterization of the trustee as

Le juge Finch a rejeté l'opinion de la Cour d'appel de la Saskatchewan qualifiant le syndic de

“a representative of the creditors of the bankrupt”, and he found that the Saskatchewan Court erred in relying on *Re Perepeluk; Canadian Imperial Bank of Commerce v. Touche Ross Ltd.*, [1986] 2 W.W.R. 631 (Sask. C.A.), as authority for that proposition. He did not find that *Perepeluk* “[laid] down any broad statement of principle to the effect that the trustee’s obligation is to the creditors as opposed to the bankrupt” (p. 42). Further, Finch J.A. noted that the Saskatchewan Court of Appeal failed to consider that a trustee is an officer of the court, appointed to stand in the bankrupt’s shoes and to represent the bankrupt’s interests, even where those interests are adverse to the interests of the creditors. With these principles in mind, Finch J.A. underlined that the trustee could only succeed to the rights of the bankrupt.

Finch J.A. distinguished *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753, which the appellant Attorney General cited in support of the argument that assets other than those of the bankrupt may be distributed upon bankruptcy. Finch J.A. held that recovering for a bankrupt’s estate property which the bankrupt had unlawfully concealed is not comparable to the present circumstances where provincial legislation operates to add to the bankrupt’s estate property which never belonged to the bankrupt.

Finch J.A. also considered *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, where this Court held that valid provincial workers’ compensation legislation was inoperative where it conflicted with federal priorities as established by the *BIA*. The lessor argued that *Husky Oil* stood for the proposition that provincial legislation can neither remove nor add something to a bankrupt’s estate owing to the primacy of the priority scheme of the *BIA*. Finch J.A. reviewed Gonthier J.’s comments in *Husky Oil* regarding the analysis which must be undertaken to determine whether two laws are in operational conflict. He then found that s. 20(b)(i) and the *BIA* do conflict since s. 20(b)(i) purports to define the

[TRADUCTION] «représentant des créanciers du failli» et il a conclu que celle-ci avait commis une erreur en s’appuyant sur *Re Perepeluk; Canadian Imperial Bank of Commerce c. Touche Ross Ltd.*, [1986] 2 W.W.R. 631 (C.A. Sask.), pour justifier cette proposition. Selon lui, l’arrêt *Perepeluk* n’a pas [TRADUCTION] «énoncé un principe général voulant que le syndic soit redevable aux créanciers plutôt qu’au failli» (p. 42). En outre, le juge Finch a fait remarquer que la Cour d’appel de la Saskatchewan n’avait pas tenu compte du fait que le syndic est un officier de justice désigné pour prendre la place du failli et représenter les intérêts de ce dernier, même si ces intérêts étaient contraires à ceux des créanciers. Compte tenu de ces principes, le juge Finch a souligné que seuls les droits du failli pouvaient être dévolus au syndic.

Le juge Finch a fait une distinction d’avec l’arrêt *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753, que le procureur général appelant a cité à l’appui de la prétention selon laquelle des éléments d’actif autres que ceux du failli pouvaient faire l’objet d’un partage à l’occasion d’une faillite. Le juge Finch a conclu qu’il n’y avait pas de comparaison possible entre le fait de recouvrer, au profit de l’actif de la faillite, des biens que le failli avait illégalement dissimulés et les circonstances de l’espèce, dans lesquelles l’application de la loi provinciale a pour effet d’ajouter à l’actif de la faillite des biens qui n’ont jamais appartenu à la faillie.

Le juge Finch a également examiné l’arrêt *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, dans lequel notre Cour a conclu que des dispositions législatives provinciales valides en matière d’indemnisation des victimes d’accidents du travail étaient inopérantes lorsqu’elles entraient en conflit avec l’ordre de priorité établi par la *LFI*. La bailleresse a soutenu qu’il ressortait de l’arrêt *Husky Oil* que la législation provinciale ne pouvait soustraire ni ajouter quoi que ce soit à l’actif d’une faillite, vu la primauté de l’ordre de priorité prévu dans la *LFI*. Le juge Finch a examiné les remarques faites par le juge Gonthier dans *Husky Oil* au sujet de l’analyse qu’il convient d’effectuer pour déterminer s’il

17

18

property of the bankrupt in a way which is inconsistent with the definition provided in the *BIA*. He further found that s. 20(b)(i) is inconsistent with the *BIA* since it permits property which does not belong to the bankrupt to be distributed among the bankrupt's creditors.

19 Finch J.A. stated that the real question at issue is who holds title to the car. That is, did the bankrupt or the trustee in bankruptcy obtain title to the vehicle by reason of the lessor's failure to register its security interest? The bankrupt acquired only a right to use the car and a contingent future right of purchase. The learned judge concluded that s. 20(b)(i) cannot possibly have the effect of transferring title from the lessor, the true owner, to the trustee in bankruptcy because this would give the trustee greater proprietary rights in the car than the bankrupt enjoyed.

20 Finch J.A. rejected the argument that *Re Nishi Industries*, [1978] 6 W.W.R. 736 (B.C.C.A.), in which the British Columbia *Conditional Sales Act, 1961*, S.B.C. 1961, c. 9, was held to be constitutionally valid and was found to give a trustee in bankruptcy priority over a secured creditor, supported the trustee's position. He distinguished that case on the basis that, under a conditional sale or chattel mortgage, the mortgagee or the purchaser acquires a property interest, whereas in the present case the lessee does not acquire a property interest in the collateral. Rather, the bankrupt held only the right to possess the car while payments were being made.

21 Finch J.A. also dismissed the lessor's argument based on s. 30(1)(k) of the *BIA*, under which a trustee may elect to retain a lease. Finch J.A. found that s. 30(1)(k) applied only to leases of property belonging to the bankrupt and had no application

existe une incompatibilité d'application entre deux lois. Il a ensuite conclu qu'il existait une telle incompatibilité entre le sous-al. 20b)(i) et la *LFI*, étant donné que le sous-al. 20b)(i) vise à définir les biens du failli d'une manière qui est incompatible avec la définition prévue par la *LFI*. Il a en outre conclu que le sous-al. 20b)(i) était incompatible avec la *LFI*, étant donné qu'il permet la distribution aux créanciers du failli de biens n'appartenant pas à ce dernier.

Le juge Finch a dit que la véritable question en litige était de savoir qui détenait le titre de propriété de la voiture. Autrement dit, le titre de propriété du véhicule a-t-il été transféré à la faillie ou au syndic de faillite parce que la bailleuse a négligé d'enregistrer sa sûreté? La faillie a seulement acquis le droit d'utiliser la voiture ainsi qu'un droit futur éventuel d'acheter celle-ci. Le juge a conclu que le sous-al. 20b)(i) ne pouvait aucunement avoir pour effet de transférer le titre de propriété de la bailleuse, la véritable propriétaire, au syndic de faillite, parce que ce serait accorder à ce dernier des droits propriétaires sur la voiture plus étendus que ceux qu'exerçait la faillie.

Le juge Finch a rejeté l'argument voulant que la thèse du syndic soit étayée par l'arrêt *Re Nishi Industries*, [1978] 6 W.W.R. 736 (C.A.C.-B.), dans lequel il a été décidé que la *Conditional Sales Act, 1961*, S.B.C. 1961, ch. 9, de la Colombie-Britannique était valide sur le plan constitutionnel et accordait au syndic de faillite la priorité par rapport au créancier garanti. Il a fait une distinction d'avec cette affaire en faisant remarquer qu'en vertu d'une vente conditionnelle ou d'une hypothèque mobilière, le créancier hypothécaire ou l'acheteur acquiert un intérêt de propriété, alors qu'en l'espèce, la preneuse à bail n'avait pas acquis de droit de propriété sur le bien grevé. En effet, la faillie n'avait droit qu'à la possession de la voiture pendant la période au cours de laquelle elle effectuait les paiements.

Le juge Finch a également rejeté l'argument de la bailleuse fondé sur l'al. 30(1)(k) de la *LFI* qui prévoit que le syndic peut décider de retenir un bail. Le juge Finch a conclu que l'al. 30(1)(k) visait seulement les baux ayant pour objets des biens

where the bankrupt has leased the property of another.

Finding it unnecessary to address the other issues raised by the lessor or to deal with the constitutional questions raised by the Attorney General, Finch J.A. allowed the appeal and directed that the proceeds be paid to the lessor.

4. Issues

There is one principal issue in the present appeal: can s. 20(b)(i) of the *PPSA* extinguish the lessor's right to the car in favour of the trustee's interest, or is the operation of s. 20(b)(i) limited by certain provisions of the *BIA*?

In my view, this issue can be resolved through a normal reading of the relevant provisions of both the *PPSA* and the *BIA*, buttressed by the policy considerations supporting these provisions.

5. Analysis

A. *The Locus of Title Is Not Determinative*

At the outset, it is important to note that the Court of Appeal's holding in the present appeal rests on the principle that the "property of the bankrupt" shall vest in the trustee (s. 71(2) *BIA*) and that only the property of the bankrupt shall be distributed among the bankrupt's creditors (s. 67(1) *BIA*). In the opinion of the Court of Appeal, the bankrupt, as lessee, did not have a proprietary interest in the car, and since the trustee obtains its entitlements to the contents of the bankrupt's estate through the bankrupt, the trustee cannot assert a proprietary interest in the car. In my view, the Court of Appeal, with respect, erred fundamentally in focussing on the locus of title and in holding that the lessor's common law ownership interest prevailed despite the clear meaning of s. 20(b)(i).

The Court of Appeal did not recognize that the provincial legislature, in enacting the *PPSA*, has

appartenant au failli et qu'il ne s'appliquait pas dans les cas où le failli avait pris à bail un bien appartenant à un tiers.

Estimant qu'il était inutile d'examiner les autres questions soulevées par la bailleresse ainsi que les questions constitutionnelles soulevées par le procureur général, le juge Finch a accueilli l'appel et ordonné que le produit de la vente soit versé à la bailleresse.

4. Les questions en litige

Voici la question principale soulevée dans le présent pourvoi: le sous-al. 20b(i) de la *PPSA* peut-il éteindre le droit dont est investie la bailleresse sur la voiture au profit de l'intérêt du syndic, ou l'application du sous-al. 20b(i) est-elle limitée par certaines dispositions de la *LFI*?

À mon avis, cette question peut être tranchée par une lecture ordinaire des dispositions pertinentes de la *PPSA* et de la *LFI*, étayée par les considérations de principe qui sous-tendent ces dispositions.

5. Analyse

A. *La détention du titre de propriété n'est pas déterminante*

D'emblée, il importe de souligner que la décision de la Cour d'appel en l'espèce repose sur le principe que «les biens du failli» doivent être dévolus au syndic (par. 71(2) de la *LFI*) et que seuls les biens du failli doivent être partagés parmi les créanciers de celui-ci (par. 67(1) de la *LFI*). Selon la Cour d'appel, comme la faillie, en tant que preneuse à bail, n'avait pas d'intérêt propriétaire à l'égard de la voiture, et que le syndic tient du failli les droits qu'il exerce sur le contenu de l'actif, le syndic ne pouvait faire valoir d'intérêt propriétaire à l'égard de la voiture. J'estime, en toute déférence, que la Cour d'appel a commis une erreur fondamentale en se concentrant sur la détention du titre de propriété et en concluant que le droit de propriété reconnu en common law à la bailleresse prévalait, malgré le sens clair du sous-al. 20b(i).

La Cour d'appel n'a pas reconnu que le législateur provincial, en adoptant la *PPSA*, a, dans une

22

23

24

25

26

set aside the traditional concepts of title and ownership to a certain extent. T. M. Buckwold and R. C. C. Cuming, in their article “The *Personal Property Security Act* and the *Bankruptcy and Insolvency Act*: Two Solitudes or Complementary Systems?” (1997), 12 *Banking & Finance L. Rev.* 467, at pp. 469-70, underline the fact that provincial legislatures, in enacting personal property security regimes, have redefined traditional concepts of rights in property:

Simply put, the property rights of persons subject to provincial legislation are what the legislature determines them to be. While a statutory definition of rights may incorporate common law concepts in whole or in part, it is open to the legislature to redefine or revise those concepts as may be required to meet the objectives of its legislation. This was done in the provincial PPSAs, which implement a new conceptual approach to the definition and assertion of rights in and to personal property falling within their scope. The priority and realization provisions of the Acts revolve around the central statutory concept of “security interest”. The rights of parties to a transaction that creates a security interest are explicitly not dependent upon either the form of the transaction or upon traditional questions of title. Rather, they are defined by the Act itself. [Emphasis added.]

27

In *International Harvester, supra*, the Saskatchewan Court of Appeal recognized that the regime put in place to regulate competing interests in personal property does not turn on title to the collateral (at p. 204):

There is nothing in the language of the section [s. 20 of the Saskatchewan PPSA which is the equivalent of s. 20 of the British Columbia PPSA], or its relationship with other sections, or indeed in the overall scheme of the Act to suggest, for example, that an unperfected security interest, because it is rooted in and attached to the title of particular goods in the possession of a debtor, should be treated as superior to the more generally derived and broadly attached interest which an execution creditor comes to have in a debtor’s goods. Indeed, the very opposite is suggested not only by the language of the section, but by the overall thrust of the Act.

certain mesure, écarté les concepts traditionnels du titre de propriété et de la propriété. Les auteurs T. M. Buckwold et R. C. C. Cuming, dans leur article intitulé «The *Personal Property Security Act* and the *Bankruptcy and Insolvency Act*: Two Solitudes or Complementary Systems?» (1997), 12 *Banking & Finance L. Rev.* 467, aux pp. 469 et 470, soulignent le fait qu’en adoptant des régimes de sûretés mobilières, les législateurs provinciaux ont redéfini les concepts traditionnels des droits réels:

[TRADUCTION] En termes simples, les droits réels exercés par les personnes assujetties à la législation d’une province sont définis par le législateur provincial. Bien que la loi qui définit des droits puisse incorporer, en tout ou en partie, des concepts de common law, il est loisible au législateur de redéfinir ou réviser ces concepts en vue d’atteindre les objectifs de la législation. C’est le cas des PPSA provinciales, lesquelles appliquent une nouvelle approche conceptuelle à l’égard de la définition et de la revendication des droits relatifs aux biens personnels qu’elles visent. Les dispositions de ces lois en matière de priorité et de réalisation sont axées sur un concept central, d’origine législative, celui de la «sûreté». Les droits des parties à une opération qui crée une sûreté sont expressément indépendants de la forme de l’opération et des questions traditionnelles concernant le titre de propriété. Ils sont plutôt définis par la loi elle-même. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *International Harvester*, précité, la Cour d’appel de la Saskatchewan a reconnu que le régime instauré pour régler les intérêts concurrents à l’égard de biens personnels n’est pas fonction du titre de propriété du bien grevé (à la p. 204):

[TRADUCTION] Il ne ressort nullement du libellé de la disposition [l’art. 20 de la PPSA de la Saskatchewan, soit le pendant de l’art. 20 de la PPSA de la Colombie-Britannique], de ses interrelations avec les autres dispositions, ni, en fait, du sens général de la Loi, que, par exemple, la sûreté non parfaite, du fait qu’elle se fonde sur le titre de propriété de biens particuliers en la possession du débiteur, doive être considérée comme supérieure à l’intérêt en général plus dérivé et plus large quant à l’assiette que viendra à exercer le créancier saisissant à l’égard des biens. En fait, c’est tout le contraire que laisse entendre non seulement le texte de la disposition, mais également l’esprit général de la Loi.

The Court of Appeal in the present appeal did not look past the traditional concepts of title and ownership. But this dispute cannot be resolved through the determination of who has title to the car because the dispute is one of priority to the car and not ownership in it. It is in this context that the *PPSA* must be given its intended effect and it is to this question that I now wish to turn.

B. Definition of “Security Interest”

The *PPSA* applies to “every transaction that in substance creates a security interest, without regard to its form and without regard to the person who has title to the collateral” (s. 2(1)(a)).

Section 1 of the *PPSA* defines “security interest”, in part, as “an interest in goods, chattel paper, a security, a document of title, an instrument, money or an intangible that secures payment or performance of an obligation”. This definition is elaborated upon by paragraph 1(a)(iii) of the *PPSA*, which provides that “security interest” means the interest of “a lessor under a lease for a term of more than one year, whether or not the interest secures payment or performance of an obligation” (emphasis added). Further, s. 3 of the *PPSA* deems certain agreements, which do not secure payment or performance of an obligation, to be security agreements for the purposes of the *PPSA*. Section 3 includes leases “for a term of more than one year that do not secure payment or performance of an obligation”.

The elements of the definition of “security interest” explicitly include within the definition of “security interest” leases for a term of more than one year. The lessor’s interest in the car is the reservation of title in the car; this interest, created by the lease agreement, falls within the ambit of the *PPSA*.

La Cour d’appel, en l’espèce, n’a pas poussé son analyse au-delà des concepts traditionnels du titre de propriété et de la propriété. Cependant, on ne peut trancher le présent pourvoi en déterminant qui est le détenteur du titre de propriété de la voiture car le litige porte sur la priorité à l’égard de la voiture et non sur la propriété de celle-ci. C’est dans ce contexte que la *PPSA* doit être appliquée de manière à produire l’effet recherché et j’aborderai maintenant cette question.

B. La définition du mot «sûreté»

La *PPSA* s’applique à [TRADUCTION] «toute opération qui constitue, quant au fond, une sûreté, quels que soient sa forme et le propriétaire du bien grevé» (sous-al. 2(1)a)).

L’article premier de la *PPSA* définit le mot «sûreté», en partie, comme [TRADUCTION] «un intérêt sur des objets, un acte mobilier, une valeur mobilière, un titre, un effet, une somme d’argent ou un bien immatériel qui garantit un paiement ou l’exécution d’une obligation». Cette définition est précisée davantage au sous-al. 1a)(iii) de la *PPSA*, lequel prévoit que le terme «sûreté» s’entend de l’intérêt [TRADUCTION] «d’un bailleur aux termes d’un bail d’une durée de plus d’une année, que l’intérêt garantisse ou non un paiement ou l’exécution d’une obligation» (je souligne). En outre, aux termes de l’art. 3 de la *PPSA*, certains contrats qui ne garantissent pas un paiement ni l’exécution d’une obligation sont réputés constituer des contrats de sûreté pour l’application de la *PPSA*. L’article 3 comprend les baux [TRADUCTION] «d’une durée de plus d’une année qui ne garantissent pas un paiement ni l’exécution d’une obligation».

La définition du mot «sûreté» vise expressément les baux d’une durée de plus d’une année. L’intérêt de la bailleuse à l’égard de la voiture est constitué par la réserve du titre de propriété du véhicule; cet intérêt, issu du contrat de location, est visé par la *PPSA*.

28

29

30

31

C. *The Nature of the Lessor's Interest in the Car*

32 . A security interest is valid and enforceable when it attaches to personal property. Section 12(1)(b) of the *PPSA* provides that a security interest "attaches" when the debtor acquires "rights in the collateral". Section 12(2) states explicitly that "a debtor has rights in goods leased to the debtor . . . when he obtains possession of them in accordance with the lease". Thus, upon delivery of the car to the bankrupt, the lessor had a valid security interest in the car that could be asserted against the lessee and against a third party claiming a right in the car. However, the lessor's security interest remained vulnerable to the claims of third parties who obtain an interest in the car through the lessee including, trustees in bankruptcy. In order to protect its security interest from such claims, the lessor must therefore perfect its interest through registration of its interest (s. 25), or repossession of the collateral (s. 24). The lessor did not have possession of the car, and it did not register its security interest. Thus, prior to the bankruptcy, the lessor held an unperfected security interest in the car. This brings us to the *BIA*.

D. *The Bankrupt's Interest in the Car Vests in the Trustee*

33 Section 71(2) of the *BIA* provides that, upon an assignment into bankruptcy, the bankrupt's "property . . . shall, subject to this Act and to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee". Section 2 of the *BIA* defines "property" very broadly to include "every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of or incident to property".

34 In my opinion, the bankrupt's right to use and possession of the car constitutes "property" for the purposes of the *BIA* and the trustee, by virtue of s. 71(2) of the *BIA*, succeeds to this proprietary right. I find support for this conclusion in *Paccar Financial Services, supra*, where the Saskatche-

C. *La nature de l'intérêt de la bailleuse à l'égard de la voiture*

La sûreté est valide et opposable lorsqu'elle grève un bien personnel. L'alinéa 12(1)b) de la *PPSA* prévoit qu'une sûreté [TRADUCTION] «grève le bien» lorsque le débiteur acquiert [TRADUCTION] «des droits sur le bien grevé». Le paragraphe 12(2) mentionne expressément que [TRADUCTION] «le débiteur a des droits sur les objets qu'il prend à bail [. . .] lorsqu'il en obtient la possession conformément au bail». Par conséquent, dès la livraison de la voiture à la faillie, la bailleuse était titulaire d'une sûreté valide sur la voiture, qu'elle pouvait faire valoir contre la preneuse à bail et contre un tiers revendiquant un droit sur la voiture. Cependant, la sûreté de la bailleuse demeurait vulnérable aux revendications des tiers ayant obtenu de la preneuse à bail un intérêt à l'égard de la voiture, notamment les syndic de faillite. Pour protéger sa sûreté contre de telles revendications, la bailleuse devait donc la parfaire en l'enregistrant (art. 25), ou en reprenant possession du bien grevé (art. 24). La bailleuse n'avait pas la possession de la voiture et elle n'a pas enregistré sa sûreté. Par conséquent, avant la faillite, la bailleuse était titulaire d'une sûreté non parfaite grevant la voiture, ce qui nous amène à traiter de la *LFI*.

D. *L'intérêt de la faillie à l'égard de la voiture est dévolu au syndic*

Le paragraphe 71(2) de la *LFI* prévoit que lorsqu'une cession de faillite est produite, les biens du failli «doivent, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des droits des créanciers garantis, immédiatement passer et être dévolus au syndic». L'article 2 de la *LFI* définit très largement les «biens», lesquels comprennent «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».

À mon avis, le droit de la faillie d'utiliser la voiture et d'en avoir la possession constitue un «bien» pour l'application de la *LFI*, et ce droit propriétaire est dévolu au syndic en vertu du par. 71(2) de la *LFI*. Ma conclusion est étayée par l'arrêt *Paccar Financial Services*, précité, dans lequel la Cour

wan Court of Appeal held that “property” as it is used in the *BIA* is “broad enough to include a leasehold interest” (at p. 494, citing *Re Cadieux and Jas. A. Ogilvy’s Ltd.* (1952), 33 C.B.R. 15 (Que. Sup. Ct.), at p. 16).

The trustee assumes the bankrupt’s possessory interest in the car through the operation of s. 71(2); it is upon this basis that the trustee can assert a claim to the car.

I note that s. 12(2) of the *PPSA* also recognizes that a lessee obtains a proprietary interest in leased goods. Section 12(2) states explicitly that “a debtor has rights in goods leased to the debtor . . . when he obtains possession of them in accordance with the lease” (emphasis added). Thus, s. 12 operates to “deem or recognize that a lessee has a proprietary interest” (Buckwold and Cuming, *supra*, at p. 471). The Saskatchewan Court of Appeal considered a provision similar to s. 12 of the British Columbia *PPSA* in *International Harvester* and held that (at p. 206):

. . . a trustee in bankruptcy, upon whom there devolves a chattel in the possession of the bankrupt under a commercial lease for a term exceeding a year, succeeds to the contractual or “possessory” interest of the bankrupt in that chattel, as well as the bankrupt’s statutory or “proprietary” interest therein as conferred upon the debtor by s. 12 of the Act. [Emphasis added.]

From the perspective of both the *PPSA* and the *BIA* the bankrupt, as lessee, can be described as having a proprietary interest in the car.

E. The Priority Contest and the Operation of Section 20(b)(i)

d’appel de la Saskatchewan a conclu que le terme «biens» utilisé dans la *LFI* est [TRADUCTION] «assez large pour inclure un intérêt à bail» (à la p. 494, citant *Re Cadieux and Jas. A. Ogilvy’s Ltd.* (1952), 33 C.B.R. 15 (C.S. Qué.), à la p. 16).

Le syndic recueille l’intérêt fondé sur la possession de la faillie à l’égard de la voiture en application du par. 71(2); c’est sur ce fondement que le syndic peut réclamer le véhicule.

Je fais remarquer que le par. 12(2) de la *PPSA* reconnaît également que le preneur à bail obtient un intérêt propriétaire à l’égard des biens pris à bail. Le paragraphe 12(2) mentionne expressément que [TRADUCTION] «le débiteur a des droits sur les objets qu’il prend à bail [. . .] lorsqu’il en obtient la possession conformément au bail» (je souligne). Par conséquent, l’art. 12 a pour effet de [TRADUCTION] «présumer ou de reconnaître que le preneur à bail a un intérêt propriétaire» (Buckwold et Cuming, *loc. cit.*, à la p. 471). La Cour d’appel de la Saskatchewan a examiné une disposition semblable à l’art. 12 de la *PPSA* de la Colombie-Britannique, dans son arrêt *International Harvester* et elle a conclu ce qui suit (à la p. 206):

[TRADUCTION] . . . un syndic de faillite auquel est dévolu un bien meuble en la possession du failli aux termes d’un bail commercial d’une durée de plus d’une année obtient l’intérêt contractuel ou «fondé sur la possession» qu’avait le failli à l’égard de ce bien, de même que l’intérêt d’origine législative ou «propriétaire» du failli sur ce bien qui était conféré au débiteur en vertu de l’art. 12 de la Loi. [Je souligne.]

Ainsi, tant du point de vue de la *PPSA* que de la *LFI*, on peut considérer que la faillie, en tant que preneuse à bail, avait un intérêt propriétaire à l’égard de la voiture.

E. La lutte pour obtenir la priorité et l’application du sous-al. 20b)(i)

35

36

37

(i) Purpose of Section 20(b)(i)

38

The Saskatchewan Court of Appeal explained the theory behind s. 20 of the Saskatchewan *PPSA* in *International Harvester* (at pp. 204-5). A person with an interest rooted in title to property in the possession of another, once perfected, can, in the event of default by the debtor, look to the property ahead of all others to satisfy his claim. However, if that interest is not perfected, it is vulnerable, even though it is rooted in title to the goods (at p. 205):

A third party may derive an interest in the same goods by virtue of some dealing with the person in possession of them, and . . . he may become entitled to priority. That is, he may become entitled, ahead of the person holding the unperfected security interest, to look to the goods to satisfy his claim.

Public disclosure of the security interest is required to prevent innocent third parties from granting credit to the debtor or otherwise acquiring an interest in the collateral. However, public disclosure of the security interest does not seem to be required to protect a trustee who is not in the position of an innocent third party; rather, the trustee succeeds to the interests of the bankrupt. In one authority's opinion, trustees are given the capacity to defeat unperfected security interests because of the "representative capacity of the trustee and the effect of bankruptcy on the enforcement rights of unsecured creditors" (R. C. C. Cuming, "Canadian Bankruptcy Law: A Secured Creditor's Heaven" (1994), 24 *Can. Bus. L.J.* 17, at pp. 27-28).

39

Prior to a bankruptcy, unsecured creditors can make claims against the debtor through provincial judgment enforcement measures. Successful claims will rank prior to unperfected security interests pursuant to s. 20. Once a bankruptcy occurs, however, all claims are frozen and the unsecured creditors must look to the trustee in bankruptcy to assert their claims. Cuming describes the purpose of s. 20(b)(i) (at p. 29):

In effect, the judgment enforcement rights of unsecured creditors are merged in the bankruptcy proceedings and

(i) L'objet du sous-al. 20b)(i)

La Cour d'appel de la Saskatchewan a expliqué la théorie qui sous-tend l'art. 20 de la *PPSA* de la Saskatchewan dans l'arrêt *International Harvester* (aux pp. 204 et 205). Le titulaire d'un intérêt parfait, fondé sur le titre de propriété des biens en la possession d'un tiers, peut, en cas de défaut du débiteur, se faire payer par préférence à tous les autres sur le prix des biens. Cependant, si l'intérêt n'est pas parfait, il sera fragile même s'il se fonde sur le titre de propriété des biens (à la p. 205):

[TRADUCTION] Un tiers peut obtenir un intérêt à l'égard des mêmes biens en transigeant avec la personne qui en a la possession et [. . .] il peut obtenir la priorité de rang. C'est-à-dire qu'il peut obtenir le droit, de façon prioritaire par rapport au titulaire de la sûreté non parfaite, de se faire payer sur le prix des biens.

La sûreté est soumise à publicité pour empêcher que des tiers ignorant son existence ne consentent un crédit au débiteur ou acquièrent autrement un intérêt à l'égard du bien grevé. Cependant, la publicité de la sûreté ne semble pas nécessaire pour protéger le syndic dont la situation n'est pas celle du tiers en ignorant l'existence; en effet, les intérêts du failli sont dévolus au syndic. Selon un auteur, le syndic est habilité à faire échec aux sûretés non parfaites en raison du [TRADUCTION] «rôle de représentant que joue le syndic et de l'incidence de la faillite sur les droits d'exécution des créanciers non garantis» (R. C. C. Cuming, «Canadian Bankruptcy Law: A Secured Creditor's Heaven» (1994), 24 *Can. Bus. L.J.* 17, aux pp. 27 et 28).

Avant la faillite, les créanciers non garantis peuvent exercer des réclamations contre le débiteur en recourant aux tribunaux provinciaux pour obtenir l'exécution forcée. Les réclamations acceptées primeront les sûretés non parfaites en vertu de l'art. 20. Lorsque survient la faillite, cependant, toutes les réclamations sont suspendues et les créanciers non garantis doivent s'adresser au syndic de faillite pour faire valoir leurs réclamations. Voici comment Cuming décrit l'objet du sous-al. 20b)(i) (à la p. 29):

[TRADUCTION] En fait, les droits d'exécution conférés par jugement aux créanciers non garantis se fondent

the trustee is now the representative of creditors who can no longer bring their claims to a “perfected” status under provincial law. As the repository of enforcement rights, the trustee has status under s. 20(b)(i) of the BCPPSA to attack the unperfected security interest.

The purpose behind granting a trustee in bankruptcy the power to defeat unperfected security interests was recognized by the Saskatchewan Court of Appeal in *International Harvester* (at p. 206):

Indeed, the fact that a trustee in bankruptcy is a representative of creditors serves to shed light on more than one aspect of the issue. It explains — or at least assists in the explanation of — why a trustee in bankruptcy is included in s. 20, as well as why a trustee is not necessarily confined to the interest of the bankrupt.

The Saskatchewan Court of Appeal again acknowledged the representative role of the trustee in bankruptcy in *Paccar Financial Services*, which also involved a priority contest between a trustee and the unperfected security interest of a lessor. The court stated that the trustee, after bankruptcy, acts as the representative of the unsecured creditors of the bankrupt and asserts “the claim of the unsecured creditors to the goods and possessions of the bankrupt pursuant to the priorities established for competing perfected and unperfected security interests. It is simply a contest as between an unsecured creditor and the holder of an unperfected security interest” (p. 490).

The Court of Appeal erred, in my view, in not recognizing that the purpose of s. 20(b)(i) is, at least in part, to permit the unsecured creditors to maintain, through the person of the trustee, the same status *vis-à-vis* secured creditors who have not perfected their security interests which they enjoyed prior to the bankruptcy of the debtor.

(ii) The Present Appeal and Section 20(b)(i)

In the present appeal, the trustee’s possessory interest in the car, acquired through the bankrupt under the authority of the *BIA*, comes into competition with the unperfected security interest of the

dans la procédure de faillite et le syndic devient le représentant des créanciers qui ne peuvent plus «parfaire» leurs réclamations en conformité avec le droit provincial. À titre de dépositaire des droits d’exécution, le syndic a, en vertu du sous-al. 20b)(i) de la PPSA de la C.-B., qualité pour contester la sûreté non parfaite.

L’objectif qui sous-tend l’attribution au syndic de faillite du pouvoir de mettre en échec les sûretés non parfaites a été reconnu par la Cour d’appel de la Saskatchewan dans l’arrêt *International Harvester* (à la p. 206):

[TRADUCTION] En effet, le fait que le syndic de faillite soit le représentant des créanciers sert à clarifier plus d’un aspect de la question. Cela explique ou, du moins, contribue à expliquer pourquoi l’art. 20 vise le syndic de faillite et pourquoi l’intérêt du syndic ne se limite pas nécessairement à celui du failli.

La Cour d’appel de la Saskatchewan a de nouveau reconnu le rôle de représentant du syndic de faillite dans l’arrêt *Paccar Financial Services*, lequel portait également sur une lutte en vue d’obtenir la priorité et opposait un syndic et un bailleur titulaire d’une sûreté non parfaite. La cour a dit que le syndic, après la faillite, agissait en tant que représentant des créanciers non garantis du failli et faisait valoir [TRADUCTION] «les réclamations des créanciers non garantis à l’égard des biens du failli, conformément aux priorités établies à l’égard des sûretés parfaites et des sûretés non parfaites concurrentes. Il s’agit simplement d’un conflit entre le créancier non garanti et le titulaire d’une sûreté non parfaite» (p. 490).

La Cour d’appel a commis une erreur, à mon avis, en ne reconnaissant pas que le sous-al. 20b)(i) vise, du moins en partie, à permettre aux créanciers non garantis de maintenir, par l’entremise du syndic, leur position *vis-à-vis* des créanciers garantis qui ont négligé de parfaire les sûretés qu’ils détenaient avant la faillite du débiteur.

(ii) Le présent pourvoi et le sous-al. 20b)(i)

Dans le présent pourvoi, l’intérêt fondé sur la possession que le syndic tient de la faillie à l’égard de la voiture en vertu de la *LFI* entre en concurrence avec la sûreté non parfaite de la bailleresse.

40

41

42

43

lessor. Section 20(b)(i) of the *PPSA* states explicitly that a security interest in collateral “is not effective against a trustee in bankruptcy if the security interest is unperfected at the date of the bankruptcy”. On a plain reading of s. 20(b)(i), the lessor’s interest in the car is ineffective against the trustee.

44 Section 20(b)(i) does not grant title or any other proprietary interest to the trustee, but it prevents the lessor from exercising rights against the trustee. Admittedly, the effect of s. 20(b)(i), on the present facts, is that the trustee ends up with full rights to the car when the bankrupt had only a right of use and possession. The Court of Appeal refused to accept this result because, in its view, it violated fundamental concepts of bankruptcy law. In this respect, the Court of Appeal cites *Fleeming*, *supra*, and *Flintoft*, *supra*, in support of the proposition that a trustee in bankruptcy cannot receive a greater interest in the property than the bankrupt had at the time of the bankruptcy.

45 With respect, I disagree with the Court of Appeal for two reasons: first, *Fleeming* and *Flintoft* can be distinguished; and second, s. 20(b)(i) modifies the principle that a trustee is limited to the rights in the property enjoyed by the bankrupt.

46 Both *Fleeming* and *Flintoft* involved circumstances where the contested property was held on trust by the bankrupt and therefore did not form part of the bankrupt’s estate. Consider the following statement of Lord Chelmsford from *Fleeming* (at pp. 380-81):

The general principle of every Bankrupt Act is, that the person in whom the estate vests for distribution under the bankruptcy takes the property of the bankrupt exactly as he himself held it. Lord Elphinstone at the time of his death was a mere trustee under a condition to denude in favour of Lady Hawarden, consequently the estate could only vest in the trustee under the sequestration subject to this condition. . . .

Or, le sous-al. 20b)(i) de la *PPSA* mentionne expressément qu’une sûreté grevant un bien [TRADUCTION] «est inopposable a[u] [. . .] syndic de faillite si, à la date de la faillite, elle est non parfaite». Il ressort d’une lecture ordinaire du sous-al. 20b)(i) que l’intérêt de la bailleuse à l’égard de la voiture n’est pas opposable au syndic.

Le sous-alinéa 20b)(i) ne confère pas de titre de propriété ni d’autre intérêt propriétaire au syndic, mais il empêche la bailleuse d’exercer des droits contre lui. Il faut reconnaître qu’en l’espèce, le sous-al. 20b)(i) a pour effet d’accorder au syndic la plénitude des droits à l’égard de la voiture, alors que la faillie n’avait que le droit d’usage et de possession. La Cour d’appel a refusé d’accepter un tel résultat parce qu’à son avis, cela portait atteinte aux concepts fondamentaux du droit de la faillite. À cet égard, la Cour d’appel cite les arrêts *Fleeming* et *Flintoft*, précités, pour étayer la proposition selon laquelle le syndic de faillite ne saurait recueillir à l’égard des biens visés un intérêt supérieur à celui du failli au moment de la faillite.

En toute déférence, je suis en désaccord avec la Cour d’appel pour deux raisons: premièrement, il est possible d’établir une distinction entre les arrêts *Fleeming* et *Flintoft* et l’espèce et, deuxièmement, le sous-al. 20b)(i) modifie le principe selon lequel ne sont dévolus au syndic que les droits dont le failli était titulaire sur les biens visés.

Dans les arrêts *Fleeming* et *Flintoft*, les biens faisant l’objet du litige étaient détenus en fiducie par le failli et ne faisaient donc pas partie de son patrimoine. Examinons l’opinion exprimée par lord Chelmsford dans l’arrêt *Fleeming* (aux pp. 380 et 381):

[TRADUCTION] Le principe général qui sous-tend toute loi en matière de faillite est que la personne à laquelle est dévolu le patrimoine du failli aux fins de distribution à la suite de la faillite recueille les biens du failli exactement au même titre que ce dernier. Lord Elphinstone n’était, au moment de son décès, qu’un simple fiduciaire assujéti à la condition de se départir du patrimoine de la fiducie en faveur de lady Hawarden; par conséquent, ce patrimoine ne pouvait être dévolu au syndic en vertu de la mise sous séquestre judiciaire que sous réserve de cette condition . . .

It appears to me, therefore, that the lands in question were not part of the heritable estate of the bankrupt which, within the meaning of the *Bankrupt Act*, would vest in the trustee for the benefit of the creditors.

Lords Cranworth, Westbury and Colonsay all agreed that Lord Elphinstone was vested with the disputed property as a mere trustee and for that reason the property could not vest in the trustee in bankruptcy appointed for Lord Elphinstone's estate (at pp. 378-80, 383-84, and 385, respectively).

In *Flintoft*, a dispute arose between a bank and a trustee in bankruptcy over the ownership of uncollected debts owing to the debtor at bankruptcy. The debts arose from the sale by the debtor of goods covered by valid *Bank Act* security. An express trust protected the bank's interest in the debtor's book debts; the debtor also assigned its interest in the debts to the bank. The basis of the trustee's challenge was that the assignment of book debts held by the bank was void for lack of timely registration. The court held that the trust sustained the bank's interest in the book debts; trust property is excluded from the property of the bankrupt. Consequently, the bank's failure to register the assignment did not result in the book debts falling into the hands of the trustee in bankruptcy.

The trustee in bankruptcy cannot succeed to property held on trust by the bankrupt. This principle appears to be the source of comments made in *Fleeming* and *Flintoft* to the effect that a trustee in bankruptcy cannot take a greater interest than the bankrupt had. In my view, the proposition stated in these cases (that a trustee in bankruptcy cannot take a greater interest in property than the bankrupt had) should be restricted to the context in which they were made, namely, where the disputed property is held on trust by the bankrupt debtor. However, the bankrupt in the case on appeal did not hold the car on trust for the lessor.

Il me paraît donc que les terres visées ne faisaient pas partie du patrimoine transmissible du failli qui, au sens de la *Bankrupt Act*, serait dévolu au syndic au profit des créanciers.

Les lords Cranworth, Westbury et Colonsay ont tous convenu que les biens en cause avaient été dévolus à lord Elphinstone à titre de simple fiduciaire et que, pour cette raison, ils ne pouvaient être dévolus au syndic de faillite auquel le patrimoine de lord Elphinstone avait été confié (aux pp. 378 à 380, 383 à 384 et 385, respectivement).

Dans l'arrêt *Flintoft*, un différend est survenu entre une banque et un syndic de faillite au sujet de la propriété de créances non recouvrées par le débiteur failli. Les créances découlaient de la vente, par le débiteur, de biens faisant l'objet d'une sûreté valide en vertu de la *Loi sur les banques*. Une fiducie expresse protégeait l'intérêt de la banque à l'égard des créances comptables du débiteur; le débiteur avait également fait cession de ses intérêts à l'égard des créances au profit de la banque. Le syndic prétendait que la cession des créances comptables consentie à la banque était nulle faute d'avoir été enregistrée en temps utile. La cour a conclu que la fiducie maintenait l'intérêt de la banque à l'égard des créances comptables; les biens détenus en fiducie sont exclus des biens du failli. Par conséquent, l'omission de la banque d'enregistrer la cession n'a pas eu pour effet de transférer les créances comptables au syndic de faillite.

Les biens que le failli détient en fiducie ne peuvent être dévolus au syndic de faillite. Il appert que ce principe est à l'origine des remarques faites dans *Fleeming* et *Flintoft* selon lesquelles le syndic de faillite ne saurait recueillir à l'égard des biens visés un intérêt supérieur à celui qu'avait le failli. À mon avis, la proposition formulée dans ces arrêts (soit que le syndic de faillite ne saurait recueillir à l'égard des biens visés un intérêt supérieur à celui qu'avait le failli) devrait être limitée au contexte dans lequel elle s'inscrivait, c'est-à-dire lorsque les biens en litige sont détenus en fiducie par le débiteur failli. Toutefois, la faillie en l'espèce ne détenait pas la voiture en fiducie pour la bailleuse.

47

48

49

50 I accept that there is a principle which provides that a trustee in bankruptcy cannot obtain a greater interest to the goods than the bankrupt (beyond the context of a trust where the goods are not property of the bankrupt). However, s. 20(b)(i) itself modifies that principle. Cases decided prior to the Court of Appeal decision in the case on appeal have consistently accepted that s. 20(b)(i), or its equivalent, can give the trustee a greater interest in the disputed property than that enjoyed by the bankrupt.

51 In *International Harvester*, the lessor of vehicles failed to register one security interest and improperly registered another. The lessee went bankrupt. The Saskatchewan Court of Appeal had to determine the nature of the interest that the trustee had in the vehicles. The Saskatchewan *PPSA* had a provision very similar to s. 20(b)(i), except it provided that an unperfected security interest shall be “subordinate to” the interest of a trustee in bankruptcy (as opposed to “not effective against”). The lessor argued that this provision could not be interpreted to permit the trustee to acquire a greater interest in property than the bankrupt had.

52 The court acknowledged that federal bankruptcy legislation provides that a trustee shall step into the shoes of the bankrupt and “as a general rule acquires no higher right in the property of the bankrupt than that which the bankrupt enjoyed” (p. 200). The court then considered the policy considerations supporting the *PPSA* regime and the potential for mischief which arises in security transactions where title to property is separated from possession of that property. Provincial legislatures, faced with a policy choice involving the competing interests of the true owner and those of third parties dealing with the ostensible owner, have decided that the true owner must forfeit title, when faced with a competing interest, if she failed to register her interest as required. The court also noted that true leases were not regulated by the personal property regimes until recently. Thus, “as a general rule the common law did not allow the lessor’s title to leased goods to be defeated through

Je conviens qu’il existe un principe voulant que le syndic de faillite ne puisse obtenir à l’égard des biens visés un intérêt supérieur à celui qu’avait le failli (hormis le cas d’une fiducie où les biens n’appartiennent pas au failli). Cependant, le sous-al. 20b)(i) lui-même modifie ce principe. La jurisprudence antérieure à l’arrêt de la Cour d’appel en l’espèce est constante: le sous-al. 20b)(i) ou son équivalent peut conférer au syndic un intérêt à l’égard des biens en litige supérieur à celui qu’avait le failli.

Dans *International Harvester*, le bailleur de véhicules a négligé d’enregistrer une sûreté et en a incorrectement enregistré une autre. Le preneur à bail a fait faillite. La Cour d’appel de la Saskatchewan devait déterminer la nature de l’intérêt du syndic à l’égard des véhicules. La *PPSA* de la Saskatchewan contenait une disposition très semblable au sous-al. 20b)(i), sauf qu’elle prévoyait que la sûreté non parfaite était [TRADUCTION] «subordonnée» à l’intérêt d’un syndic de faillite (plutôt qu’«inopposable» à ce dernier). Le bailleur a soutenu que cette disposition ne pouvait être interprétée de manière à permettre au syndic d’acquiescer à l’égard des biens visés un intérêt supérieur à celui qu’avait le failli.

La cour a reconnu que la législation fédérale en matière de faillite prévoyait qu’un syndic devait prendre la place du failli et que [TRADUCTION] «règle générale, il n’obtenait pas plus de droits sur les biens du failli que n’en avait ce dernier» (p. 200). La cour a ensuite examiné les considérations de principe sous-tendant le régime instauré par la *PPSA*, et le risque de fraude qu’introduit dans les opérations visant les sûretés le fait que le titre de propriété d’un bien soit détenu par une personne alors que le bien est en la possession d’une autre. Les législateurs provinciaux, confrontés à un choix de politique générale en ce qui concerne les intérêts opposés du véritable propriétaire et des tiers traitant avec le propriétaire apparent, ont décidé que le véritable propriétaire devait être déchu de son titre de propriété en cas de conflit avec un intérêt concurrent s’il avait négligé d’enregistrer son intérêt comme il le devait. La cour a également souligné que, jusqu’à tout récemment,

some dealing of the lessee. However, the Personal Property Security Act has effected far-reaching changes to the law” (p. 201).

The court stated that to find that the trustee in bankruptcy cannot have a greater claim to the goods than the bankrupt enjoyed would (at p. 205)

require resort to traditional common law concepts, to form over substance, to a technical construction of the term “interest”, and to the defeat of the policy choice made by the legislature in choosing, as it did, to include within the scope of the Act a true lease of goods. It would render the section largely, if not wholly, ineffective in this instance. . . .

International Harvester was followed in *Donaghy v. CNS Vehicle Leasing*, [1992] 6 W.W.R. 70 (Alta. Q.B.), where a lessee leased a vehicle in Ontario and then moved to Alberta. The lessor failed to register its security interest in the vehicle in Alberta. The lessee went bankrupt and a contest developed between the trustee in bankruptcy and the lessor. The court found for the trustee. The court stated that the issue was not ownership of the vehicle, but rather priority to it. The court recognized that, for the purposes of priority, the *PPSA* replaces the common law principle that one cannot transfer better title than she possesses. It is a policy choice of the legislature that an unsecured creditor’s position, as represented by the trustee, is more meritorious than the unperfected security interest of a secured creditor.

In *David Morris Fine Cars Ltd. v. North Sky Trading Inc. (Trustee of)*, [1996] 7 W.W.R. 332 (Alta. C.A.), a car dealer leased a car to a corporation; the corporation went bankrupt. The lease was

les baux proprement dits n’étaient pas assujettis aux régimes applicables aux biens personnels. Par conséquent, [TRADUCTION] «en règle générale, la common law ne permettait pas que, par son fait, le preneur à bail fasse échec au titre de propriété du bailleur sur les biens donnés à bail. Cependant, la *Personal Property Security Act* a profondément modifié le droit» (p. 201).

La cour a dit que pour conclure que le syndic de faillite ne peut exercer à l’égard des biens visés une réclamation fondée sur des droits plus étendus que ceux que possédait le failli, il faudrait (à la p. 205)

[TRADUCTION] recourir à des concepts traditionnels de common law, tenir compte de la forme plutôt que du fond, interpréter de façon technique le terme «intérêt» et aller à l’encontre du choix de politique générale que le législateur a fait en décidant d’assujettir à la Loi le louage de choses proprement dit. Une telle conclusion rendrait l’article grandement, voire totalement inopérant en l’espèce . . .

L’arrêt *International Harvester* a été suivi dans *Donaghy c. CNS Vehicle Leasing*, [1992] 6 W.W.R. 70 (B.R. Alb.), une affaire dans laquelle un preneur à bail a loué un véhicule en Ontario et s’est installé ensuite en Alberta. Le bailleur n’a pas enregistré en Alberta la sûreté constituée à son profit sur le véhicule. Le preneur à bail a fait faillite et un conflit est survenu entre le syndic de faillite et le bailleur. La cour a statué en faveur du syndic. Elle a dit que la question en litige n’était pas de savoir à qui appartenait le véhicule, mais plutôt à qui serait accordée la priorité à l’égard de celui-ci. Elle a convenu que pour déterminer l’ordre de priorité, la *PPSA* remplaçait le principe de common law selon lequel on ne peut transférer un titre plus valable que celui que l’on possède. Le législateur a décidé — et il s’agit là d’un choix de politique générale — que la position du créancier non garanti représenté par le syndic était plus méritoire que celle du créancier garanti titulaire d’une sûreté non parfaite.

Dans l’affaire *David Morris Fine Cars Ltd. c. North Sky Trading Inc. (Trustee of)*, [1996] 7 W.W.R. 332 (C.A. Alb.), un concessionnaire d’automobiles a loué une voiture à une société. La

53

54

55

not registered. The trustee in bankruptcy claimed priority to the car. The court dealt primarily with the car dealer's argument that it was exempt from the registration requirement because the lease was out of its ordinary course of business. The court held that the car dealer was not entitled to the exemption and that the trustee's interest in the car prevailed. The court made the following comments at para. 16:

We endorse the view of the chambers judge that the *PPSA* is consumer protection legislation which in many respects gives a trustee in bankruptcy greater rights than the bankrupt, and which would be undermined by the application of the common law principle that one cannot give what one does not possess.

56 I agree with the decisions of the courts that have held that the principle that a trustee in bankruptcy cannot obtain greater rights to the property than the bankrupt had has been modified through the policy choices of the legislatures represented in s. 20(b)(i) of the *PPSA*, and its equivalents in other provinces.

F. *The Trustee Can Confer Clear Title*

57 Title could not defeat the trustee's claim under s. 20(b)(i) of the *PPSA*, but does the lessor's retention of title and the principle of *nemo dat quod non habet* prevent the trustee from selling the car, conferring clear title, and distributing its proceeds under the *BIA*?

58 Section 81 of the *BIA* provides a procedure through which third parties can file claims with the trustee against "property . . . in the possession of a bankrupt at the time of the bankruptcy". Subsection 81(2) provides that where the trustee disputes a claim, and the claimant does not appeal within the prescribed time period, then the claimant is "deemed to have abandoned or relinquished all his right to or interest in the property to the trustee

société a fait faillite. Le bail n'avait pas été enregistré. Le syndic de faillite a revendiqué la priorité à l'égard de la voiture. La cour a traité essentiellement de l'argument du concessionnaire d'automobiles selon lequel il était exempté de l'obligation d'enregistrer le bail parce que celui-ci n'avait pas été conclu dans le cours normal des activités de son entreprise. La cour a jugé que le concessionnaire d'automobiles ne bénéficiait pas d'une telle exemption et que l'intérêt du syndic à l'égard de la voiture primait. La cour a fait la remarque suivante, au par. 16:

[TRADUCTION] Nous sommes d'accord avec le juge en chambre pour dire que la *PPSA* est une loi de protection des consommateurs qui, à de nombreux égards, accorde au syndic de faillite plus de droits que n'en avait le failli, et risque d'être minée par l'application du principe de common law selon lequel on ne peut donner ce que l'on ne possède pas.

Je souscris aux décisions des tribunaux qui ont conclu que le principe voulant qu'un syndic de faillite ne puisse obtenir plus de droits sur les biens que n'en avait le failli a été modifié par les choix de politique générale faits par les législateurs qui sont exprimés dans le sous-al. 20b)(i) de la *PPSA* et les dispositions équivalentes applicables dans les autres provinces.

F. *Le syndic peut conférer un titre libre*

Le titre de propriété ne pouvait faire échec à la réclamation du syndic en vertu du sous-al. 20b)(i) de la *PPSA*, mais le fait que la bailleuse ait conservé le titre de propriété et le principe *nemo dat quod non habet* empêchent-ils le syndic de vendre la voiture, de conférer un titre libre et de distribuer le produit de la vente en conformité avec les dispositions de la *LFI*?

L'article 81 de la *LFI* prévoit une procédure par laquelle les tiers peuvent réclamer au syndic des «biens [...] en la possession du failli au moment de la faillite». Le paragraphe 81(2) prévoit que lorsque le syndic conteste une réclamation et que le réclamant n'en appelle pas dans le délai prescrit, ce dernier est «censé avoir délaissé ou abandonné tout son droit à ces biens ou intérêt dans ces biens au syndic qui peut dès lors les vendre ou les aliéner

who thereupon may sell or dispose of the property free of any lien, right, title or interest of the claimant". Section 81 does not specifically deal with the circumstances where a claimant's claim is defeated, but presumably the trustee would be able to sell the good free of the claim.

The lessor could have made a claim under s. 81 of the *BIA*. This claim would have been defeated by the trustee in reliance on s. 20(b)(i) of the *PPSA*. In my view, both the defeat of a claim and the failure to make a claim under s. 81 result in the effective abandonment or relinquishment of any claim to the car; the trustee can therefore sell the car and confer good title.

G. The Federal Priority Scheme, Which Is Subject to the Rights of Secured Creditors, Is Not Disturbed

Section 136 of the *BIA* sets out a priority scheme for the division of the property of the bankrupt; the interests of the various creditors are all "[s]ubject to the rights of secured creditors". Section 67 describes that which constitutes the property of the bankrupt.

This Court has held on a number of occasions that provincial legislatures cannot enact legislation which operates to interfere with the priority of distribution set out in the *BIA*, nor can they confer secured creditor status on a class of creditors not entitled to such status under the *BIA*. A very recent example is *Husky Oil*, *supra*, where a majority of the Court held that s. 133 of the *Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, c. W-17.1, was inapplicable in a bankruptcy because it operated to secure the Workers' Compensation Board's claim against the bankrupt's estate in violation of the priority of the Board's claim as set out in s. 136 of the *BIA*.

Previous to *Husky Oil* were the so-called "quartet" of judgments on this issue. In *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35, and *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Com-*

sans que le réclamant retienne un privilège, droit, titre ou intérêt en l'espèce». L'article 81 ne traite pas expressément du cas où la réclamation est rejetée, mais on peut présumer que le syndic pourrait, dans une telle situation, vendre le bien, purgé de la réclamation.

La bailleresse aurait pu présenter une réclamation en vertu de l'art. 81 de la *LFI*. Cependant, la réclamation se serait heurtée au syndic sur le fondement du sous-al 20b)(i) de la *PPSA*. À mon avis, le rejet de la réclamation tout comme la non-présentation de la réclamation visée à l'art. 81 entraînent, en fait, le délaissement ou l'abandon de toute réclamation à l'égard de la voiture; le syndic peut donc la vendre et conférer un titre libre.

G. L'ordre de priorité établi par la loi fédérale, lequel est assujéti aux droits des créanciers garantis, n'est pas altéré

L'article 136 de la *LFI* établit un ordre de priorité en ce qui concerne le partage des biens du failli; les intérêts des divers créanciers sont tous assujétiés aux «droits des créanciers garantis». L'article 67 définit les biens du failli.

Notre Cour a statué à plusieurs reprises que le législateur provincial ne pouvait adopter une loi qui modifie l'ordre de priorité établi dans la *LFI* en matière de distribution, ni conférer la qualité de créancier garanti à une catégorie de créanciers n'ayant pas droit en vertu de la *LFI*. À titre d'exemple très récent, je signale l'arrêt *Husky Oil*, précité, dans lequel les juges majoritaires de notre Cour ont conclu que l'art. 133 de la *Workers' Compensation Act, 1979*, S.S. 1979, ch. W-17.1, était inapplicable dans le cas d'une faillite parce qu'il avait pour effet de garantir la réclamation de la Commission des accidents du travail à l'égard des biens du failli et de modifier le rang attribué à la réclamation de la Commission par l'art. 136 de la *LFI*.

Avant que l'arrêt *Husky Oil* ne soit rendu, il existait ce qu'on appelle un «quatuor» de jugements sur cette question. Dans les arrêts *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S.

59

60

61

62

pensation Board, [1985] 1 S.C.R. 785, this Court held that a province cannot claim to be a secured creditor in a bankruptcy pursuant to provincial legislation where the Crown claim is listed as a preferred claim with a particular ranking in the *BIA*. In *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061, the Court held that, where a secured creditor liquidates his security outside the bankruptcy proceedings, the property constituting the security is still property of the bankrupt and payment from the proceeds must be determined by the federal bankruptcy priorities and not in accordance with provincial law. Finally, in *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, the Court held that the province cannot deem a statutory trust to remove property from the estate of a bankrupt and thereby create its own priorities.

35, et *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785, notre Cour a conclu qu'une province ne pouvait revendiquer, en vertu du droit provincial, la qualité de créancière garantie dans le cadre d'une faillite alors que la réclamation de la Couronne est classée par la *LFI* parmi les créances prioritaires occupant un rang particulier. Dans l'arrêt *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061, la Cour a décidé que, lorsqu'un créancier garanti réalise sa sûreté hors du cadre de la procédure de faillite, les biens constituant la sûreté sont toujours des biens du failli et l'ordre de paiement du produit de la vente doit être déterminé en fonction des priorités établies par le droit fédéral en matière de faillite et non selon le droit provincial. Enfin, dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, la Cour a jugé que la province ne pouvait créer une fiducie légale afin de soustraire des biens de l'actif d'une faillite et établir son propre ordre de priorité.

63

The Court of Appeal applied this Court's decision in *Husky Oil* to conclude that a provincial law cannot add to the estate of a bankrupt property which the bankrupt never had. In my view, the Court of Appeal erred in its characterization of s. 20(b)(i). Section 20(b)(i) of the *PPSA* does not offend the priorities set out in the *BIA* as interpreted by the quartet and *Husky Oil*; rather, s. 20(b)(i) is but one element of the provincial legislation which serves to define the rights of the parties involved in a bankruptcy. More particularly, s. 20(b)(i) serves, on the present facts, to define the rights of the lessor and indicates that for the purpose of the bankruptcy, the lessor does not have the status of a secured creditor.

La Cour d'appel a appliqué l'arrêt *Husky Oil* de notre Cour pour conclure qu'une loi provinciale ne pouvait ajouter au patrimoine du failli des biens qui ne lui ont jamais appartenu. À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur en qualifiant le sous-al. 20b)(i). Cette disposition de la *PPSA* ne porte pas atteinte aux priorités établies dans la *LFI*, telles qu'elles ont été interprétées dans le quatuor d'arrêts et dans *Husky Oil*; le sous-al. 20b)(i) n'est que l'un des éléments de la législation provinciale qui sert à définir les droits des parties impliquées dans une faillite. Plus particulièrement, le sous-al. 20b)(i) définit, en l'espèce, les droits de la baille-resse et énonce qu'aux fins de la faillite, la baille-resse n'a pas la qualité de créancière garantie.

64

Even though bankruptcy is clearly a federal matter, and even though it has been established that the federal Parliament alone can determine distribution priorities, the *BIA* is dependent on provincial property and civil rights legislation in order to inform the terms of the *BIA* and the rights of the parties involved in the bankruptcy. Section 72(1)

Bien que la faillite soit clairement une matière fédérale et bien qu'il ait été établi que seul le législateur fédéral pouvait arrêter l'ordre de priorité en matière de distribution, il faut nécessairement se référer aux lois provinciales en matière de propriété et de droits civils pour définir les termes utilisés dans la *LFI* et les droits des parties impli-

of the *BIA* contemplates interaction with provincial legislation.

This Court has recognized the important role that provincial legislation plays in the event of bankruptcy in *Husky Oil*. Gonthier J. stated, at p. 481:

It is trite to observe that the *Bankruptcy Act* is contingent on the provincial law of property for its operation. The Act is superimposed on those provincial schemes when a debtor declares bankruptcy. As a result, provincial law necessarily affects the “bottom line”, but this is contemplated by the *Bankruptcy Act* itself.

And I stated the following for the minority in *Husky Oil*, at p. 531:

[P]rovincial legislation is deeply involved in determining the priority, registration, and amount of indebtedness in the bankruptcy process. In fact, the proprietary and contractual rights that are regulated by the bankruptcy process are usually created by virtue of provincial law.

J. S. Ziegel lucidly underlined the role which provincial law plays in bankruptcy in his article “Personal Property Security and Bankruptcy: There Is No War!” (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 44, at p. 50:

The answer is confirmed by the opening words of section 136(1), “Subject to the rights of secured creditors . . .”. How are those rights (and obligations) to be determined? Since the Bankruptcy [and Insolvency] Act does not spell them out the reply must surely be: by consulting the law that gave them birth, and that law, in the absence of conflicting federal prescriptions, also determines what conditions and restrictions are imposed on the recognition and enforceability of the security interest.

Section s. 20(b)(i) does not reorder federal priorities. Compliance with the perfection requirements of the *PPSA* is a precondition to maintaining secured creditor status under the *BIA*. In the event of bankruptcy, the consequences of a failure to perfect are spelled out in s. 20(b)(i). In effect, the secured party with an unperfected security interest becomes an unsecured creditor of the bankrupt:

quées dans la faillite. Le paragraphe 72(1) de la *LFI* prévoit précisément une interaction avec les lois provinciales.

Dans l’arrêt *Husky Oil*, notre Cour a reconnu le rôle important que jouaient les lois provinciales en matière de faillite. Le juge Gonthier a dit, à la p. 481:

C’est un truisme de dire que la *Loi sur la faillite* dépend, pour son application, du droit provincial en matière de propriété. La Loi se superpose à ces régimes provinciaux lorsqu’un débiteur déclare faillite. C’est pourquoi le droit provincial modifie nécessairement le «résultat final», mais cela est prévu par la *Loi sur la faillite* elle-même.

J’ai moi-même dit, au nom des juges minoritaires dans l’arrêt *Husky Oil*, à la p. 531:

[L]es lois provinciales jouent un rôle important dans la détermination du rang, des modalités d’enregistrement et du montant des créances dans le processus de faillite. En fait, les droits de propriété et de nature contractuelle qui sont réglementés par le processus de faillite sont habituellement créés en vertu d’une loi provinciale.

J. S. Ziegel a souligné de façon lumineuse le rôle que joue le droit provincial en matière de faillite dans son article intitulé «Personal Property Security and Bankruptcy: There Is No War!» (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 44, à la p. 50:

[TRADUCTION] La réponse est confirmée par les premiers mots du par. 136(1), «[s]ous réserve des droits des créanciers garantis . . .» Comment faut-il déterminer ces droits (et obligations)? Vu que la *Loi sur la faillite* [et l’*insolvabilité*] ne les définit pas, la réponse s’impose: il faut consulter la loi qui les a créés et cette loi, en l’absence de dispositions fédérales contraires, détermine également les conditions et restrictions qui s’appliquent relativement à la reconnaissance et au caractère exécutoire de la sûreté.

Le sous-alinéa 20b)(i) ne modifie pas l’ordre de priorité établi par la loi fédérale. Le respect des exigences prévues par la *PPSA* relativement à la perfection des sûretés est une condition préalable à la conservation de la qualité de créancier garanti en vertu de la *LFI*. En cas de faillite, les conséquences du défaut de parfaire la sûreté sont énoncées au sous-al. 20b)(i). En fait, le titulaire d’une sûreté non parfaite devient un créancier non garanti du failli:

65

66

67

... any secured party with a security interest in personal property, who fails to meet the requirements of the Act for perfecting its security interest prior to the date a petition is filed or an assignment is made, loses the status of a secured creditor in the bankruptcy and is relegated to unsecured status.

(Cuming, *supra*, at pp. 25-26.)

H. Other Arguments

68 The respondent raised three other arguments which I need discuss only briefly. The lessor submits that s. 30(1)(k) of the *BIA* requires that the trustee either elect to retain or disclaim its rights to any property leased by the bankrupt. The lessor argues that, if the trustee did have any proprietary rights to the car, these rights were disclaimed as a result of the trustee's failure to retain the lease by making the lease payments.

69 In my view, s. 30(1)(k) of the *BIA* has no bearing on the resolution of the present appeal. Section 20(b)(i) provides that the lessor's unperfected security interest is ineffective against the interest acquired by the trustee; the trustee need not make an election under s. 30(1)(k) of the *BIA* in order to realize its interest in the car. If the lessor had a valid and enforceable security interest in the car then the trustee could choose, pursuant to s. 30(1)(k), to continue with the lease or return the car to the lessor, but none of that applies in this case.

70 The respondent also submits that the bankrupt held the car on resulting trust for the lessor; consequently, by virtue of s. 67(1) of the *BIA*, the car is excluded from the "property of the bankrupt". Like the trial judge, I find no merit in this argument. The contract of lease does not contemplate the creation of a trust. Further, a resulting trust arises only where

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

[TRADUCTION] ... tout titulaire d'une sûreté grevant un bien personnel qui ne satisfait pas aux exigences de la Loi relativement à la perfection des sûretés avant la date de la cession ou du dépôt de la pétition perd la qualité de créancier garanti eu égard à la faillite et est relégué au rang de créancier non garanti.

(Cuming, *loc. cit.*, aux pp. 25 et 26.)

H. Autres arguments

L'intimée a fait valoir trois autres arguments qu'il sera seulement nécessaire d'aborder brièvement. La bailleuse soutient que l'al. 30(1)k de la *LFI* exige du syndic qu'il décide soit de retenir, soit de désavouer ses droits se rattachant à tout bien pris à bail par la faillie. La bailleuse prétend que même si le syndic avait effectivement des droits propriétaires sur la voiture, il a renoncé à ces droits lorsqu'il a omis de retenir le bail en effectuant les paiements prévus au contrat.

À mon avis, l'al. 30(1)k de la *LFI* n'a aucune incidence sur l'issue du présent pourvoi. Le sous-alinéa 20b)(i) prévoit que la sûreté non parfaite du bailleur est inopposable à l'intérêt acquis par le syndic; le syndic n'a pas à faire de choix en vertu de l'al. 30(1)k de la *LFI* pour réaliser son intérêt à l'égard de la voiture. Le syndic pourrait décider, conformément à l'al. 30(1)k, de maintenir le bail ou encore de remettre la voiture à la bailleuse si la sûreté constituée au profit de cette dernière sur la voiture était valide et exécutoire, mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

L'intimée soutient également que la faillie détenait la voiture pour la bailleuse en vertu d'une fiducie par déduction; par conséquent, en vertu du par. 67(1) de la *LFI*, la voiture ne faisait pas partie des «biens du failli». À l'instar du juge de première instance, j'estime que cet argument est dénué de fondement. Le contrat de location ne prévoit pas la création d'une fiducie. En outre, la fiducie par déduction n'existe que si les conditions suivantes sont réunies:

[TRADUCTION] ... le titre de propriété en common law ou en *equity* est au nom d'une partie, mais celle-ci, parce qu'elle est fiduciaire ou parce qu'elle n'a pas obtenu le bien visé à titre onéreux, a l'obligation de rendre le bien au détenteur original du titre ou à la personne

return it to the original title owner, or to the person who *did* give value for it. [Emphasis in original.]

(D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 299.)

The transferee, who obtains the property gratuitously, holds the property on trust for the transferor, who is the rightful owner, because equity does not assume gifts (Waters, at p. 300).

In this case, the lessor holds title to the car and is its rightful owner, having purchased it. But the lessor entered into a contract of lease wherein the lessee, for value, obtained the right to use and possession of the car. In my opinion, the facts at hand cannot give rise to a resulting trust.

Finally, the respondent argues that the trustee is estopped from asserting a claim to the car because the lessee, whose interests the trustee succeeds, signed documents which indicated that she did not have ownership of the car. I also must reject this argument. First, the lessee's understanding of the transaction is not at issue here. Second, ownership of the car is not at issue; rather, the contest, as discussed above, is not one of title, but priority.

6. Conclusion and Disposition

In accordance with s. 20(b)(i), the lessor's unperfected security interest is ineffective against the possessory interest acquired by the trustee in bankruptcy. The trustee's interest in the car takes priority over that of the lessor; the trustee is therefore entitled to the proceeds of the car.

For the foregoing reasons, I would therefore allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal, and restore the disposition ordered by the trial judge.

Appeal allowed with costs.

qui a effectivement obtenu le bien à titre onéreux. [En italique dans l'original.]

(D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), à la p. 299.)

Le bénéficiaire du transfert, qui obtient le bien à titre gratuit, détient ce bien en fiducie pour l'auteur du transfert qui en est le propriétaire légitime, parce qu'en *equity*, la disposition à titre gratuit ne se présume pas (Waters, à la p. 300).

En l'espèce, la bailleuse détient le titre de propriété de la voiture et elle en est le propriétaire légitime, l'ayant achetée. Cependant, elle a conclu un contrat de location en vertu duquel la preneuse à bail a obtenu, à titre onéreux, le droit d'utiliser la voiture et d'en avoir la possession. À mon avis, les faits de l'espèce ne donnent pas lieu à une fiducie par déduction.

Enfin, l'intimée prétend que le syndic n'est pas admis à réclamer la voiture parce que la preneuse à bail, dont les intérêts ont été dévolus au syndic, a signé des documents mentionnant que la voiture ne lui appartenait pas. Je dois également rejeter cet argument. Premièrement, la façon dont la preneuse à bail a interprété l'opération n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Deuxièmement, la propriété de la voiture n'est pas non plus en cause; comme il a été dit précédemment, le différend ne porte pas sur le titre de propriété mais plutôt sur l'ordre de priorité.

6. Conclusion et dispositif

En vertu du sous-al. 20b)(i), la sûreté non parfaite de la bailleuse est inopposable à l'intérêt fondé sur la possession acquis par le syndic de faillite. L'intérêt du syndic à l'égard de la voiture prime sur celui de la bailleuse; par conséquent, le syndic a droit au produit de la vente de la voiture.

Pour ces motifs, je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir la décision rendue par le juge de première instance.

Pourvoi accueilli avec dépens.

71

72

73

74

Solicitors for the appellant R. West & Associates Inc.: Davis & Company, Vancouver.

Solicitor for the appellant the Attorney General of British Columbia: R. Richard M. Butler, Victoria.

Solicitors for the respondent: John Douglas Shields Law Corporation, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard J. K. Stewart, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of Justice, Edmonton.

Procureurs de l'appelante R. West & Associates Inc.: Davis & Company, Vancouver.

Procureur de l'appelant le procureur général de la Colombie-Britannique: R. Richard M. Butler, Victoria.

Procureurs de l'intimée: John Douglas Shields Law Corporation, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard J. K. Stewart, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère de la Justice, Edmonton.

Margaret Ann Malott *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MALOTT

File No.: 25613.

1997: October 14; 1998: February 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Defences — Self-defence — Battered woman syndrome — Charge to jury — Accused convicted of second degree murder after shooting her abusive common law husband to death — Whether trial judge's charge to jury adequately dealt with evidence of battered woman syndrome as it relates to defence of self-defence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 34(2).

The accused and the deceased were common law spouses for about 19 years and had two children together. The deceased abused the accused physically, sexually, psychologically and emotionally. She had gone to the police, but the deceased was a police informant on drug deals and the police told him of her complaints, resulting in an escalation of his violence towards her. A few months before the shooting, the deceased separated from the accused, took their son and went to live with his girlfriend. The accused and their daughter continued to live at the deceased's mother's house. Contact between the deceased and the accused continued after the separation, as he dropped by his mother's home on a regular basis, often bringing his girlfriend with him. On the day of the shooting the accused was scheduled to go to a medical centre with the deceased to get prescription drugs for use in his illegal drug trade. She took a pistol from the deceased's gun cabinet, loaded it and carried it in her purse. After driving to the medical centre with the deceased, she shot him to death. She then took a taxi to his girlfriend's home, shot her and stabbed her with a knife. The girl-

* Sopinka J. took no part in the judgment.

Margaret Ann Malott *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MALOTT

N^o du greffe: 25613.

1997: 14 octobre; 1998: 12 février.

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

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

Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Syndrome de la femme battue — Directives au jury — Accusée déclarée coupable de meurtre au second degré après qu'elle eut abattu son conjoint de fait qui lui infligeait des mauvais traitements — Dans ses directives au jury, le juge du procès a-t-il traité suffisamment de la preuve du syndrome de la femme battue relativement au moyen de défense fondé sur la légitime défense? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2).

L'accusée et la victime étaient conjoints de fait depuis environ 19 ans et avaient eu ensemble deux enfants. La victime maltraitait l'accusée physiquement, sexuellement, psychologiquement et émotionnellement. L'accusée avait fait appel à la police mais cette dernière, qui se servait du conjoint de l'accusée comme indicateur dans des affaires de trafic de stupéfiants, l'a mis au courant de ses plaintes, ce qui a entraîné une escalade de la violence à l'égard de l'accusée. Quelques mois avant l'incident, le conjoint de l'accusée s'est séparé d'elle, amenant leur fils pour aller vivre chez son amie. Leur fille a continué à habiter avec l'accusée chez la mère de la victime. L'accusée et la victime sont restés en contact après la séparation, la victime se rendant régulièrement chez sa mère, souvent en compagnie de son amie. Le jour de l'incident, l'accusée devait se rendre à un centre médical avec la victime pour obtenir des médicaments d'ordonnance qu'il utilisait aux fins de son commerce illégal de stupéfiants. Elle a pris un pistolet dans l'armoire où la victime rangeait ses armes, l'a chargé et l'a mis dans son sac à main. Après s'être rendue en voiture au centre médical en compagnie de la victime, elle a fait feu sur

* Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

friend survived and testified as a Crown witness. At trial, the accused testified to the extensive abuse which she had suffered, and the Crown conceded that she had been subject to terrible physical and mental abuse at the hands of the deceased. The accused led expert evidence to show that she suffered from battered woman syndrome. The jury found her guilty of second degree murder in the death of the deceased and of attempted murder of his girlfriend. The jury recommended that because of the severity of the battered woman syndrome, the accused should receive the minimum sentence. The Court of Appeal affirmed the convictions in a majority decision. Only the accused's conviction for second degree murder is before this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: In assessing whether a charge to the jury was proper, it is the charge as a whole that must be examined for error. Pursuant to s. 34(2) of the *Criminal Code*, there are three constituent elements of self-defence where the victim has died: (1) the existence of an unlawful assault; (2) a reasonable apprehension of a risk of death or grievous bodily harm; and (3) a reasonable belief that it is not possible to preserve oneself from harm except by killing the adversary. On the first element, an honest but reasonable mistake as to the existence of an assault is permitted where an accused relies upon self-defence. To the extent that expert evidence respecting battered woman syndrome may assist a jury in assessing the reasonableness of an accused's perceptions, it is relevant to the issue of unlawful assault. Once the battered woman syndrome defence is raised, the jury should be informed of how that evidence may be of use in understanding why an abused woman might remain in an abusive relationship, the nature and extent of the violence that may exist in a battering relationship, the accused's ability to perceive danger from her abuser, and whether the accused believed on reasonable grounds that she could not otherwise preserve herself from death or grievous bodily harm.

The trial judge properly charged the jury with respect to the evidence on battered woman syndrome and how such evidence relates to the law of self-defence. The trial judge's instruction on the issue of unlawful assault

lui, l'atteignant mortellement. Elle a ensuite pris un taxi pour se rendre chez l'amie de la victime, a tiré sur elle et l'a poignardée avec un couteau. L'amie a survécu et a témoigné comme témoin à charge. Au procès, l'accusée a témoigné au sujet des mauvais traitements répétés dont elle avait été victime, et le ministère public a admis qu'elle avait été l'objet d'une terrible violence physique et mentale de la part de la victime. L'accusée a présenté une preuve d'expert pour montrer qu'elle souffrait du syndrome de la femme battue. Le jury l'a déclarée coupable de meurtre au second degré relativement à la mort de son conjoint et de tentative de meurtre sur la personne de l'amie de ce dernier. Il a recommandé qu'étant donné la gravité du syndrome de la femme battue, l'accusée reçoive la peine minimale. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité à la majorité. Seule la déclaration de culpabilité pour meurtre au second degré fait l'objet du présent pourvoi devant la Cour.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Pour apprécier la suffisance d'une directive au jury, il faut examiner l'ensemble de l'exposé pour vérifier s'il ne comporte pas d'erreur. Aux termes du par. 34(2) du *Code criminel*, la légitime défense comporte trois éléments constitutifs lorsque la victime est décédée: 1) l'existence d'une attaque illégale; 2) l'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves; et 3) la croyance raisonnable qu'on ne peut s'en sortir autrement qu'en tuant l'adversaire. En ce qui concerne le premier élément, une erreur honnête mais raisonnable relativement à l'existence d'une attaque est permise lorsque l'accusé invoque la légitime défense. Dans la mesure où la preuve d'expert au sujet du syndrome de la femme battue peut aider le jury à apprécier le caractère raisonnable des perceptions de l'accusée, elle est pertinente quant à la question de l'attaque illégale. Lorsque le moyen de défense fondé sur le syndrome de la femme battue est invoqué, le jury doit être instruit sur la façon d'utiliser cette preuve pour comprendre pourquoi une femme brutalisée peut ne pas mettre fin à une relation violente, la nature et le degré de violence pouvant exister dans une relation, la capacité de l'accusée de percevoir le danger présenté par son agresseur et la question de savoir si l'accusée croyait, pour des motifs raisonnables, qu'elle ne pouvait autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

Le juge du procès a donné des directives appropriées au jury en ce qui concerne la preuve relative au syndrome de la femme battue et le lien entre cette preuve et le droit de la légitime défense. La directive du juge du

together with his review of the evidence adequately conveyed to the jury which of the deceased's actions may have constituted unlawful assault. It also communicated the accused's perceptions in light of her experience and knowledge of the deceased's behaviours. The trial judge's charge accurately conveyed to the jury the *Lavallee* principles regarding the accused's ability to perceive danger from the deceased and the reasonableness of her perceptions that she could not otherwise preserve herself from death or grievous bodily harm. The jury were properly informed that the issues were to be considered from the perspective of someone whose perceptions at the time of the shooting may have been shaped by her prior experience of abuse. While it might have been desirable for the trial judge to have instructed the jury to a greater extent in making the connection between the evidence of battered woman syndrome and the legal issue of self-defence, a review of the trial judge's charge as a whole shows that the jury were left with a sufficient understanding of the facts as they related to the relevant legal issues.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: Major J.'s reasons and the result he reaches are agreed with. Given the evolving discourse in the legal community concerning evidence of "battered woman syndrome" since this Court's decision in *R. v. Lavallee*, the reasons in *Lavallee* are discussed. The decision in *Lavallee* is significant for two principal reasons. First, the Court accepted the need for expert evidence in order to dispel the myths and stereotypes inherent in our understanding of a battered woman's experiences, and of the reasonableness of her actions. Second, the Court accepted that women's experiences and perspectives in relation to self-defence may be different from the experiences and perspectives of men, and that the perspectives of women must now equally inform the "objective" standard of the reasonable person. "Battered woman syndrome" is not a legal defence in itself, but rather is a psychiatric explanation of the mental state of an abused woman which can be relevant to understanding a battered woman's state of mind. The utility of such evidence is not limited to self-defence situations, but is potentially relevant to other situations where the reasonableness of a battered woman's actions or perceptions is at issue.

When interpreting and applying *Lavallee*, these broader principles should be kept in mind in order to avoid a too rigid and restrictive approach to the admissi-

procès sur la question de l'attaque illégale ainsi que son analyse de la preuve ont suffisamment renseigné le jury sur les agissements de la victime qui ont pu constituer une attaque illégale. Le jury a également été ainsi renseigné sur les perceptions de l'accusée à la lumière de son expérience et de sa connaissance du comportement de la victime. Le juge du procès a adéquatement exposé au jury les principes dégagés dans l'arrêt *Lavallee* concernant la capacité de l'accusée de percevoir le danger présenté par la victime et le caractère raisonnable de sa croyance qu'elle ne pouvait autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves. Le jury a été suffisamment sensibilisé à la nécessité d'examiner les questions du point de vue de quelqu'un dont la perception au moment de l'incident a pu être influencée par son expérience antérieure de la brutalité. Bien qu'il eût été souhaitable que le juge du procès donne davantage de directives sur le lien entre la preuve relative au syndrome de la femme battue et la question juridique de la légitime défense, l'analyse de l'ensemble de l'exposé montre que le jury avait une compréhension suffisante des faits relatifs aux questions de droit pertinentes.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: Il y a accord avec les motifs et la conclusion du juge Major. Vu l'évolution dans la communauté juridique de la doctrine en ce qui concerne la preuve du «syndrome de la femme battue» depuis que l'arrêt *Lavallee* a été rendu par la Cour, des remarques sont faites au sujet des motifs de cette décision. L'arrêt *Lavallee* est important pour deux raisons principales. En premier lieu, la Cour a reconnu la nécessité de recourir à une preuve d'expert afin d'éliminer les mythes et les stéréotypes inhérents à notre compréhension des expériences de la femme battue et du caractère raisonnable de ses actes. En deuxième lieu, la Cour a convenu que les expériences et les perspectives des femmes relativement à la légitime défense peuvent différer de celles des hommes et que les perspectives des femmes doivent désormais être également prises en considération dans l'examen de la norme «objective» de la personne raisonnable. Le «syndrome de la femme battue» n'est pas un moyen de défense en soi, mais plutôt une explication psychiatrique de l'état mental de femmes ayant été continuellement soumises à la violence qui peut être pertinente pour comprendre l'état d'esprit de la femme battue. L'utilité de ce type de preuve ne se limite pas aux cas où la légitime défense est invoquée mais peut être pertinente dans l'analyse d'autres situations où est en cause le caractère raisonnable des actes ou des perceptions de la femme battue.

Pour interpréter et appliquer l'arrêt *Lavallee*, il faut garder ces principes plus généraux à l'esprit afin de ne pas se montrer d'une inflexibilité et d'une sévérité

bility and legal value of evidence of a battered woman's experiences. Concerns have been expressed that the treatment of such evidence has led to a new stereotype of the "battered woman". Such a development must be scrupulously avoided. The legal inquiry must focus on the reasonableness of a battered woman's actions in the context of her personal experiences, and her experiences as a woman, not on her status as a battered woman and her entitlement to claim that she is suffering from "battered woman syndrome".

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 34(2).

Authors Cited

Chan, Wendy. "A Feminist Critique of Self-Defense and Provocation in Battered Women's Cases in England and Wales" (1994), 6 *Women & Crim. Just.* 39.

Grant, Isabel. "The 'syndromization' of women's experience". In Donna Martinson et al., "A Forum on Lavallee v. R.: Women and Self-Defence" (1991), 25 *U.B.C. L. Rev.* 23, 51.

MacCrimmon, Marilyn. "The social construction of reality and the rules of evidence". In Donna Martinson et al., "A Forum on Lavallee v. R.: Women and Self-Defence" (1991), 25 *U.B.C. L. Rev.* 23, 36.

Mahoney, Martha R. "Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation" (1991), 90 *Mich. L. Rev.* 1.

Noonan, Sheila. "Strategies of Survival: Moving Beyond the Battered Woman Syndrome". In Ellen Adelberg and Claudia Currie, eds., *In Conflict with the Law: Women and the Canadian Justice System*. Vancouver: Press Gang Publishers, 1993, 247.

Schneider, Elizabeth M. "Describing and Changing: Women's Self-Defense Work and the Problem of

excessives dans l'examen de l'admissibilité et de la valeur probante de la preuve des expériences de la femme battue. On s'est inquiété de ce que la façon d'étudier cette preuve n'ait conduit à un nouveau stéréotype de la «femme battue». L'apparition d'un nouveau syndrome doit être scrupuleusement évité. L'examen légal doit porter avant tout sur le caractère raisonnable des actes de la femme battue dans le contexte de ses expériences personnelles, notamment en tant que femme, et non pas sur sa situation de femme battue et son droit d'alléguer qu'elle est atteinte du «syndrome de la femme battue».

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *Azoulay c. La Reine*, [1952] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2).

Doctrine citée

Chan, Wendy. "A Feminist Critique of Self-Defense and Provocation in Battered Women's Cases in England and Wales" (1994), 6 *Women & Crim. Just.* 39.

Grant, Isabel. "The 'syndromization' of women's experience". In Donna Martinson et al., "A Forum on Lavallee v. R.: Women and Self-Defence" (1991), 25 *U.B.C. L. Rev.* 23, 51.

MacCrimmon, Marilyn. "The social construction of reality and the rules of evidence". In Donna Martinson et al., "A Forum on Lavallee v. R.: Women and Self-Defence" (1991), 25 *U.B.C. L. Rev.* 23, 36.

Mahoney, Martha R. "Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation" (1991), 90 *Mich. L. Rev.* 1.

Noonan, Sheila. "Strategies of Survival: Moving Beyond the Battered Woman Syndrome". In Ellen Adelberg and Claudia Currie, eds., *In Conflict with the Law: Women and the Canadian Justice System*. Vancouver: Press Gang Publishers, 1993, 247.

Schneider, Elizabeth M. "Describing and Changing: Women's Self-Defense Work and the Problem of

Expert Testimony on Battering" (1992), 14 *Women's Rts. L. Rep.* 213.

Shaffer, Martha. "The battered woman syndrome revisited: Some complicating thoughts five years after *R. v. Lavallee*" (1997), 47 *U.T.L.J.* 1.

Stubbs, Julie, and Julia Tolmie. "Race, Gender, and the Battered Woman Syndrome: An Australia Case Study" (1995), 8 *C.J.W.L.* 122.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 30 O.R. (3d) 609, 94 O.A.C. 31, 110 C.C.C. (3d) 499, 2 C.R. (5th) 190, [1996] O.J. No. 3511 (QL), affirming the accused's conviction of second degree murder and attempted murder. Appeal dismissed.

Michelle Fuerst, for the appellant.

Scott C. Hutchison, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

MAJOR J. — This appeal raises the adequacy of the trial judge's charge to the jury on the issue of battered woman syndrome as a defence to the charge of murder.

I. Facts

The appellant, Margaret Ann Malott, and the deceased, Paul Malott, were common law spouses for about 19 years and had two children together. The appellant had previously been married for seven years to a man who violently abused her and their five children. Mr. Malott abused Mrs. Malott physically, sexually, psychologically and emotionally. She had gone to the police, but Mr. Malott was a police informant on drug deals and the police told him of her complaints, resulting in an escalation of his violence towards her. A few months before the shooting, Mr. Malott separated from the appellant, took their son and went to live with his girlfriend, Carrie Sherwood. Mrs. Malott and their daughter continued to live at Mr. Malott's mother's house. Contact between Mr. and Mrs. Malott continued after the separation,

Expert Testimony on Battering" (1992), 14 *Women's Rts. L. Rep.* 213.

Shaffer, Martha. "The battered woman syndrome revisited: Some complicating thoughts five years after *R. v. Lavallee*" (1997), 47 *U.T.L.J.* 1.

Stubbs, Julie, and Julia Tolmie. "Race, Gender, and the Battered Woman Syndrome: An Australia Case Study" (1995), 8 *R.F.D.* 122.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 30 O.R. (3d) 609, 94 O.A.C. 31, 110 C.C.C. (3d) 499, 2 C.R. (5th) 190, [1996] O.J. No. 3511 (QL), confirmant les déclarations de culpabilité de meurtre au second degré et de tentative de meurtre prononcées contre l'accusée. Pourvoi rejeté.

Michelle Fuerst, pour l'appelante.

Scott C. Hutchison, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi porte sur le caractère suffisant des directives du juge au jury sur la question du syndrome de la femme battue comme moyen de défense à une accusation de meurtre.

I. Les faits

L'appelante, Margaret Ann Malott, et la victime, Paul Malott, étaient conjoints de fait depuis environ 19 ans et avaient eu ensemble deux enfants. L'appelante avait auparavant été mariée pendant sept ans à un homme qui la brutalisait, elle et leurs cinq enfants. M. Malott a maltraité M^{me} Malott physiquement, sexuellement, psychologiquement et émotionnellement. Elle avait fait appel à la police mais cette dernière, qui se servait de M. Malott comme indicateur dans des affaires de trafic de stupéfiants, l'a mis au courant des plaintes de sa conjointe, ce qui a entraîné une escalade de la violence à son égard. Quelques mois avant l'incident, M. Malott s'est séparé de l'appelante, amenant leur fils pour aller vivre chez son amie, Carrie Sherwood. Leur fille a continué à habiter avec M^{me} Malott chez la mère de M. Malott. Monsieur et

as he dropped by his mother's home on a regular basis, often bringing Ms. Sherwood with him.

Madame Malott sont restés en contact après la séparation, M. Malott allant régulièrement chez sa mère, souvent en compagnie de M^{me} Sherwood.

3 On March 23, 1991, Mrs. Malott was scheduled to go to a medical centre with the deceased to get prescription drugs for use in the deceased's illegal drug trade. She took a .22 calibre pistol from Mr. Malott's gun cabinet, loaded it and carried it in her purse. After driving to the medical centre with Mr. Malott, she shot him to death. She then took a taxi to Ms. Sherwood's home, shot her and stabbed her with a knife. Ms. Sherwood survived and testified as a Crown witness.

Le 23 mars 1991, M^{me} Malott devait se rendre à un centre médical avec la victime pour obtenir des médicaments d'ordonnance que cette dernière utilisait aux fins de son commerce illégal de stupéfiants. Elle a pris un pistolet de calibre .22 dans l'armoire où M. Malott rangeait ses armes, l'a chargé et l'a mis dans son sac à main. Après s'être rendue en voiture au centre médical en compagnie de M. Malott, elle a fait feu sur lui, l'atteignant mortellement. Elle a ensuite pris un taxi pour se rendre chez M^{me} Sherwood, a tiré sur elle et l'a poignardée avec un couteau. Madame Sherwood a survécu et a témoigné comme témoin à charge.

4 At trial, the appellant testified to the extensive abuse which she had suffered. The Crown conceded that the appellant had been subject to terrible physical and mental abuse at the hands of Mr. Malott. The appellant led expert evidence to show that she suffered from battered woman syndrome. The appellant raised three defences: self-defence, drug-induced intoxication and provocation, but relied primarily on self-defence. The jury found the appellant guilty of second degree murder in the death of Paul Malott and of attempted murder of Carrie Sherwood. The jury made a recommendation that because of the severity of the battered woman syndrome, the appellant should receive the minimum sentence.

Au procès, l'appelante a témoigné au sujet des mauvais traitements répétés dont elle avait été victime. Le ministère public a admis que l'appelante avait été l'objet d'une terrible violence physique et mentale de la part de M. Malott. L'appelante a présenté une preuve d'expert pour montrer qu'elle souffrait du syndrome de la femme battue. Elle a invoqué trois moyens de défense: la légitime défense, l'intoxication due à la drogue et la provocation, mais elle s'est fondée surtout sur la légitime défense. Le jury a déclaré l'appelante coupable de meurtre au second degré relativement à la mort de Paul Malott et de tentative de meurtre sur la personne de Carrie Sherwood. Il a recommandé qu'étant donné la gravité du syndrome de la femme battue, l'appelante reçoive la peine minimale.

5 The appellant appealed both convictions. The appeal was heard by the Ontario Court of Appeal on May 28, 1996. It is only the conviction for second degree murder of the deceased that is before this Court.

L'appelante a fait appel des deux déclarations de culpabilité. L'appel a été entendu par la Cour d'appel de l'Ontario le 28 mai 1996. Seule la déclaration de culpabilité pour meurtre au second degré fait l'objet du présent pourvoi devant notre Cour.

II. Judicial History

Ontario Court of Appeal (1996), 30 O.R. (3d) 609

II. Historique des procédures

Cour d'appel de l'Ontario (1996), 30 O.R. (3d) 609

(1) Finlayson and Austin JJ.A. for the majority

Finlayson and Austin JJ.A. concluded that there was no air of reality to self-defence with respect to the attempted murder of Ms. Sherwood. As well, they dismissed the claim of provocation and intoxication.

On the issue of self-defence, they held that the jury were clearly instructed on the general principle animating *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, namely, that the perception of the appellant, developed against the background of her abuse, must be assessed in determining if her actions were reasonable.

In response to the complaint that the trial judge failed to detail the evidence of the appellant's expert, Dr. Jaffe, and relate it to the defence, Finlayson and Austin JJ.A. noted that if anything this probably favoured the appellant as Dr. Jaffe's evidence was not entirely supportive of her. Dr. Jaffe conceded that his opinions were based in substantial part on his interviews with the appellant. He testified that many battered women who kill their spouses in self-defence do so after a particularly savage physical attack, which was not the case here. Given these circumstances, Finlayson and Austin JJ.A. were of the view that the uncritical manner in which the trial judge left the evidence of Dr. Jaffe with the jury was fair and more than sufficient, and dismissed that ground of appeal.

(2) Abella J.A., dissenting

Abella J.A. held that the trial judge failed to adequately instruct on s. 34(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He did not tell the jury which of the facts described by the appellant, if believed, could constitute unlawful assault by her former spouse. Abella J.A. stated that the trial judge's instructions with respect to the abuse of the appellant were correct as far as they went, but did

(1) Les juges Finlayson et Austin pour l'opinion majoritaire

Les juges Finlayson et Austin ont conclu que la légitime défense n'avait aucune vraisemblance pour ce qui est de la tentative de meurtre de Mme Sherwood. Ils ont également rejeté la défense de provocation et d'intoxication.

Sur la question de la légitime défense, ils ont estimé que le jury avait reçu des directives claires sur le principe général sous-tendant l'arrêt *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, savoir qu'il faut, pour déterminer si les actes de l'appelante étaient raisonnables, apprécier sa perception eu égard au contexte de violence dont elle était victime.

En ce qui concerne le reproche adressé au juge du procès, savoir qu'il n'aurait pas exposé en détail le témoignage du Dr Jaffe, expert de l'appelante, et ne l'aurait pas relié au moyen de défense invoqué, les juges Finlayson et Austin ont fait remarquer que si cela avait joué, c'était probablement en faveur de l'appelante puisque le témoignage du Dr Jaffe n'appuyait pas entièrement sa défense. Le Dr Jaffe a admis que son opinion était fondée en grande partie sur ses rencontres avec l'appelante. Il a déclaré que les femmes battues qui tuent leur conjoint en état de légitime défense le font très souvent après une attaque physique particulièrement brutale, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Étant donné les circonstances, les juges Finlayson et Austin étaient d'avis que la façon dont le juge du procès avait laissé le témoignage du Dr Jaffe à l'appréciation du jury, sans le critiquer, était équitable et amplement suffisante, et ils ont rejeté ce motif d'appel.

(2) Le juge Abella, dissidente

Le juge Abella a conclu que le juge du procès n'a pas donné de directives suffisantes sur le par. 34(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il n'a pas dit au jury lequel des faits relatés par l'appelante pouvait, si on y ajoutait foi, constituer une attaque illégale de la part de son ancien conjoint. Le juge Abella a dit que le juge du procès avait donné de bonnes directives pour ce qui est

not go far enough in reviewing the expert evidence as it pertained to the issue of the reasonableness of the appellant's perceptions and behaviour. Nor did the trial judge provide a sufficient review of the historical context of the abusive relationship, relied upon by the appellant to explain the acts of the morning of the shooting.

des mauvais traitements infligés à l'appelante, mais qu'il n'avait pas poussé assez loin son examen du témoignage de l'expert en ce qui concerne le caractère raisonnable des perceptions et de la conduite de l'appelante. Le juge du procès n'a pas non plus suffisamment examiné le contexte historique de la relation de violence que l'appelante invoquait pour expliquer ses agissements le matin de l'incident.

10 Abella J.A. held that the trial judge failed to sufficiently relate the evidence of abuse to the core issues in self-defence. She found that the jury did not have enough guidance from the trial judge to understand how they were to assess the reasonableness of the appellant's apprehensions and behaviour, nor were they told how to link, if they chose to believe it, the expert evidence on the phenomenon of battered women. The number of questions the jury asked, the fact that they did not find the appellant guilty of first degree murder and made a voluntary request to the trial judge that the appellant receive the minimum sentence, all indicated to her that had the jury been properly charged, they might have come to a different verdict.

Le juge Abella a conclu que le juge du procès n'a pas suffisamment relié la preuve des mauvais traitements aux éléments fondamentaux de la légitime défense. Elle a estimé que le jury n'avait pas reçu suffisamment d'explications pour être en mesure d'apprécier le caractère raisonnable des appréhensions et du comportement de l'appelante, et que le juge du procès n'a pas dit aux jurés comment y lier, s'ils choisissaient d'y ajouter foi, le témoignage d'expert sur le phénomène de la femme battue. Le nombre de questions posées par le jury, le fait que celui-ci n'a pas déclaré l'appelante coupable de meurtre au premier degré et qu'il a de son propre chef demandé au juge du procès de lui infliger la peine minimale, tout indiquait à son avis que le jury aurait pu rendre un verdict différent s'il avait reçu des directives appropriées.

11 Abella J.A. agreed that the trial judge was correct in his charge that self-defence was not available to the charge of attempted murder.

Le juge Abella a convenu que le juge du procès a dit à juste titre dans son exposé qu'on ne pouvait invoquer la légitime défense à l'encontre de l'accusation de tentative de meurtre.

III. Issue

III. Question en litige

12 The issue is whether the majority of the Ontario Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge's charge to the jury adequately dealt with evidence of battered woman syndrome as it relates to the defence of self-defence. As stated, it is only the appellant's conviction for second degree murder of Paul Malott that is at issue in this appeal.

La question est de savoir si les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont conclu avec raison que le juge du procès a, dans ses directives au jury, traité suffisamment de la preuve du syndrome de la femme battue relativement au moyen de défense de la légitime défense. Seule la déclaration de culpabilité de l'appelante pour meurtre au second degré de Paul Malott, répétons-le, est en litige dans le présent pourvoi.

IV. Statutory Provisions

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

34. . . .

(2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes; and

(b) he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

V. AnalysisA. *Standard Required of a Jury Charge*

A jury charge should provide the jurors with an understanding of their role as triers of fact and the essence of the case before them. See *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495, per Taschereau J. at pp. 497-98:

The rule which has been laid down, and consistently followed is that in a jury trial the presiding judge must, except in rare cases where it would be needless to do so, review the substantial parts of the evidence, and give the jury the theory of the defence, so that they may appreciate the value and effect of that evidence, and how the law is to be applied to the facts as they find them.

Canadian jurisprudence is plain that a standard of perfection is not the test when an appellate court reviews a jury charge. *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, confirmed that while accused persons are entitled to properly instructed juries, there is no requirement that a jury be perfectly instructed. A standard of perfection would be unattainable in most cases. Some have described a jury charge as an art rather than a science.

In assessing whether a charge to the jury was proper, it is the charge as a whole that must be

IV. Dispositions législatives

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

34. . . .

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié si:

a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;

b) d'autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

V. AnalyseA. *Norme applicable aux directives au jury*

Les directives au jury doivent permettre aux jurés de comprendre leur rôle comme juges des faits et de saisir les éléments essentiels de l'affaire qui leur est soumise. Voir *Azoulay c. La Reine*, [1952] 2 R.C.S. 495, où le juge Taschereau a dit aux pp. 497 et 498:

[TRADUCTION] La règle qui a été établie et constamment suivie veut que, dans un procès devant jury, le juge qui préside l'audience doive, sauf dans les rares cas où il serait inutile de le faire, examiner les parties essentielles de la preuve et exposer au jury la thèse de la défense afin de lui permettre d'apprécier la valeur et l'incidence de cette preuve, et la façon d'appliquer le droit aux faits constatés.

Il ressort clairement de la jurisprudence canadienne que la norme qu'applique une cour d'appel qui examine un exposé au jury n'est pas celle de la perfection. L'arrêt *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, a confirmé que si les accusés ont droit à un jury ayant reçu des directives appropriées, ils n'ont pas droit à un jury ayant reçu des directives parfaites. La norme de la perfection serait en effet impossible à atteindre dans la plupart des cas. D'aucuns parlent d'ailleurs de l'exposé au jury comme d'un art et non d'une science.

Pour apprécier la suffisance d'une directive au jury, il faut examiner l'ensemble de l'exposé pour

13

14

15

16

examined for error: see *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629. Also *Jacquard*, per Lamer C.J. speaking for the majority at p. 326:

In many cases, a trial judge need only review relevant evidence once and has no duty to review the evidence in a case in relation to every essential issue. See *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781, *Cluett v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 216. As long as an appellate court, when looking at the trial judge's charge to the jury as a whole, concludes that the jury was left with a sufficient understanding of the facts as they relate to the relevant issues, the charge is proper.

- 17 In the present case, the charge as a whole should be examined to ascertain whether the jury were given an adequate charge on battered woman syndrome as it relates to self-defence.

B. Principles Relevant to Battered Woman Syndrome and Self-Defence

- 18 Pursuant to s. 34(2) of the *Criminal Code*, there are three constituent elements of self-defence where the victim has died: (1) the existence of an unlawful assault; (2) a reasonable apprehension of a risk of death or grievous bodily harm; and (3) a reasonable belief that it is not possible to preserve oneself from harm except by killing the adversary: see *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3. On the first element, a majority of this Court held in *Pétel* that an honest but reasonable mistake as to the existence of an assault is permitted where an accused relies upon self-defence. Accordingly, the jury must be told that the question is not "was the accused unlawfully assaulted?" but rather "did the accused reasonably believe, in the circumstances, that she was being unlawfully assaulted?" To the extent that expert evidence respecting battered woman syndrome may assist a jury in assessing the reasonableness of an accused's perceptions, it is relevant to the issue of unlawful assault.

- 19 The relevance of evidence on battered woman syndrome to the issue of self-defence was recognized in *Lavallee*, where the majority of this Court held that expert evidence on the psychological

vérifier s'il ne comporte pas d'erreur: voir *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629. Voir également *Jacquard*, où le juge en chef Lamer a formulé ainsi l'opinion majoritaire, à la p. 326:

Dans bien des cas, le juge du procès n'a qu'à examiner une seule fois les éléments de preuve pertinents, et n'est pas tenu d'analyser la preuve pour chaque question essentielle. Voir *John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781, *Cluett c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 216. Les directives sont appropriées dans la mesure où, en examinant l'ensemble de l'exposé du juge du procès au jury, une cour d'appel conclut que le jury avait une compréhension suffisante des faits relatifs aux questions pertinentes.

- Dans la présente espèce, il faut examiner l'ensemble de l'exposé pour vérifier si le jury a reçu des directives appropriées sur le syndrome de la femme battue relativement à la légitime défense.

B. Principes pertinents quant au syndrome de la femme battue et à la légitime défense

Aux termes du par. 34(2) du *Code criminel*, la légitime défense comporte trois éléments constitutifs lorsque la victime est décédée: 1) l'existence d'une attaque illégale; 2) l'appréhension raisonnable d'un danger de mort ou de lésions corporelles graves; et 3) la croyance raisonnable qu'on ne peut s'en sortir autrement qu'en tuant l'adversaire: voir *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3. En ce qui concerne le premier élément, notre Cour a conclu à la majorité dans l'arrêt *Pétel* qu'une erreur honnête mais raisonnable relativement à l'existence d'une attaque est permise lorsque l'accusé invoque la légitime défense. Par conséquent, on ne doit pas dire au jury que la question est «l'accusée a-t-elle été illégalement attaquée?», mais plutôt «l'accusée a-t-elle raisonnablement cru, dans les circonstances, qu'on l'attaquait illégalement?» Dans la mesure où la preuve d'expert au sujet du syndrome de la femme battue peut aider le jury à apprécier le caractère raisonnable des perceptions de l'accusée, elle est pertinente quant à la question de l'attaque illégale.

La pertinence de la preuve portant sur le syndrome de la femme battue eu égard à la question de la légitime défense a été reconnue dans l'arrêt *Lavallee* où notre Cour à la majorité a conclu

effect of the battering of spouses was admissible, as it was relevant and necessary in the context of that case.

The admissibility of expert evidence respecting battered woman syndrome was not at issue in the present case. The admissibility of the expert evidence of Dr. Jaffe on battered woman syndrome was not challenged. However, once that defence is raised, the jury ought to be made aware of the principles of that defence as dictated by *Lavallee*. In particular, the jury should be informed of how that evidence may be of use in understanding the following:

1. Why an abused woman might remain in an abusive relationship. As discussed in *Lavallee*, expert evidence may help to explain some of the reasons and dispel some of the misconceptions about why women stay in abusive relationships.
2. The nature and extent of the violence that may exist in a battering relationship. In considering the defence of self-defence as it applies to an accused who has killed her violent partner, the jury should be instructed on the violence that existed in the relationship and its impact on the accused. The latter will usually but not necessarily be provided by an expert.
3. The accused's ability to perceive danger from her abuser. Section 34(2)(a) provides that an accused who intentionally causes death or grievous bodily harm in repelling an assault is justified if he or she does so "under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm". In addressing this issue, Wilson J. for the majority in *Lavallee* rejected the requirement that the accused apprehend imminent danger. She also stated at pp. 882-83:

Where evidence exists that an accused is in a battering relationship, expert testimony can assist the jury in determining whether the accused had a "reasonable"

qu'une preuve d'expert relative à l'effet psychologique que peut avoir la violence sur les conjoints était admissible parce qu'elle était à la fois pertinente et nécessaire dans le contexte du litige.

L'admissibilité de la preuve d'expert relative au syndrome de la femme battue n'était pas en litige dans la présente espèce. L'admissibilité du témoignage d'expert du Dr Jaffe sur le syndrome de la femme battue n'a en effet pas été contestée. Toutefois, lorsque ce moyen de défense est invoqué, le jury doit être mis au courant des principes qui le régissent suivant l'arrêt *Lavallee*. En particulier, le jury doit être instruit sur la façon d'utiliser cette preuve pour comprendre les éléments suivants:

1. Pourquoi une femme brutalisée peut ne pas mettre fin à une relation violente. Suivant l'analyse faite dans l'arrêt *Lavallee*, la preuve d'expert peut aider à fournir certaines explications et à écarter des conceptions erronées sur les raisons pour lesquelles des femmes tolèrent des rapports marqués par la violence.
2. La nature et le degré de violence pouvant exister dans une relation. Dans son examen du moyen de défense de la légitime défense dans le cas d'une accusée ayant tué son partenaire violent, le jury doit recevoir des directives sur la violence qui marquait les rapports et son incidence sur l'accusée. Cette dernière preuve sera habituellement mais non nécessairement fournie par un expert.
3. La capacité de l'accusée de percevoir le danger présenté par son agresseur. Aux termes de l'al. 34(2)a), l'accusé qui cause intentionnellement la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié s'il a «des motifs raisonnables pour appréhender [...] la mort ou quelque lésion corporelle». En analysant cette question, le juge Wilson qui exprimait l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Lavallee* a rejeté l'exigence voulant que l'accusé appréhende un danger imminent. Elle a ajouté aux pp. 882 et 883:

En présence d'une preuve établissant qu'une accusée est victime de violence, le témoignage d'expert peut, en expliquant la sensibilité accrue de la femme battue aux

apprehension of death when she acted by explaining the heightened sensitivity of a battered woman to her partner's acts. Without such testimony I am skeptical that the average fact-finder would be capable of appreciating why her subjective fear may have been reasonable in the context of the relationship. After all, the hypothetical "reasonable man" observing only the final incident may have been unlikely to recognize the batterer's threat as potentially lethal. . . .

The issue is not, however, what an outsider would have reasonably perceived but what the accused reasonably perceived, given her situation and her experience.

4. Whether the accused believed on reasonable grounds that she could not otherwise preserve herself from death or grievous bodily harm. This principle was summarized in *Lavallee* as follows (at p. 890):

By providing an explanation as to why an accused did not flee when she perceived her life to be in danger, expert testimony may also assist the jury in assessing the reasonableness of her belief that killing her batterer was the only way to save her own life.

21 These principles must be communicated by the trial judge when instructing the jury in cases involving battered woman syndrome and the issue of self-defence.

C. Jury Charge in this Case

22 In the present case, I am satisfied that the trial judge properly charged the jury with respect to the evidence on battered woman syndrome and how such evidence relates to the law of self-defence. At the beginning of the charge on self-defence, the trial judge set out s. 34(2) of the *Criminal Code*. He then explained the legal meaning of "unlawful assault" and reviewed the defence and Crown evidence relevant to the issue of whether or not an unlawful assault occurred.

23 In her dissent, Abella J.A. states that the trial judge did not tell the jury which of the facts

actes de son partenaire, aider le jury à décider si cette accusée avait des motifs «raisonnables» pour appréhender la mort au moment où elle a agi. Je doute qu'en l'absence d'un tel témoignage, le juge des faits moyen soit en mesure de comprendre pourquoi sa crainte subjective a pu être raisonnable dans le contexte de la situation dans laquelle elle se trouvait. Après tout, «l'homme raisonnable» hypothétique qui n'est témoin que de l'incident final ne pourrait vraisemblablement pas reconnaître la menace de l'agresseur comme comportant un danger de mort

Toutefois la question n'est pas de savoir ce qu'un étranger aurait raisonnablement cru mais bien de savoir ce que l'accusée a raisonnablement cru, compte tenu de sa situation et de ses expériences antérieures.

4. La question de savoir si l'accusée croyait, pour des motifs raisonnables, qu'elle ne pouvait autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves. Ce principe a été ainsi résumé dans l'arrêt *Lavallee* (à la p. 890):

En expliquant pourquoi une accusée ne s'est pas enfuie quand elle croyait sa vie en danger, le témoignage d'expert peut en outre aider le jury à apprécier le caractère raisonnable de sa croyance que tuer son agresseur était le seul moyen de sauver sa propre vie.

Ces principes doivent être expliqués au jury par le juge du procès lorsqu'il donne ses directives dans des affaires mettant en cause le syndrome de la femme battue et la question de la légitime défense.

C. L'exposé au jury en l'espèce

Dans la présente affaire, je suis convaincu que le juge du procès a donné des directives appropriées au jury en ce qui concerne la preuve relative au syndrome de la femme battue et le lien entre cette preuve et le droit de la légitime défense. Au début de son exposé sur la légitime défense, le juge du procès a fait lecture du par. 34(2) du *Code criminel*. Il a ensuite expliqué la signification juridique des mots «attaque illégale» et il a récapitulé la preuve de la défense et celle du ministère public relativement à la question de savoir s'il y avait eu ou non attaque illégale.

Dans son opinion dissidente, le juge Abella reproche au juge du procès de ne pas avoir dit au

described by the appellant could, if believed, constitute unlawful assault. Nor did he explain how having been abused by Mr. Malott could have affected the reasonableness of the appellant's perception of the extent to which she was in danger from him. With respect, I disagree.

Immediately after explaining that it is an assault to intentionally apply force to another person, or to threaten by act or gesture to apply force to another person, the trial judge stated:

Now that part becomes important ladies and gentlemen because we have the evidence about Paul Malott attempting to get out of the car. Well what evidence is there supporting the defence position? You have Mrs. Malott's evidence that on the way to the medical centre he got angry with her about the income tax deduction for Jody and he grabbed her and angrily told her to smarten up. When they got to the medical centre he undid his seatbelt and looked at her with that look on his face that indicated she was going to get it sooner or later and usually sooner. As she started to get out he leaned over and grabbed her by the throat with his right hand and started choking her. He was very angry. His seatbelt was not fastened at that time. She went to the medical centre door and it was locked. As she walked back toward the car she thought she was going to be in trouble because he needed the percocets for the cocaine deal that he had lined up. As she approached the car she told him the door was locked. He opened the driver's side door. He put his left foot on the ground as if he was getting out. If his seatbelt was then fastened he must have done it up after she left the car and she did not know that. As far as she knew his seatbelt was still unfastened. She believed that he was going to hurt her again.

In my opinion, the trial judge's instruction on the issue of unlawful assault together with his review of the evidence adequately conveyed to the jury which of the deceased's actions may have constituted unlawful assault. It also communicated the appellant's perceptions in light of her experience and knowledge of the deceased's behaviours.

jury lesquels des faits relatés par l'appelante pouvaient, si on y ajoutait foi, constituer une attaque illégale. Il n'a pas non plus expliqué en quoi le fait d'avoir été brutalisée par M. Malott pouvait avoir affecté le caractère raisonnable de la perception de l'appelante quant à la gravité du danger qu'il représentait pour elle. Avec égards, je ne suis pas d'accord.

Immédiatement après avoir expliqué que le fait d'employer la force contre une autre personne d'une manière intentionnelle, ou de tenter ou menacer, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne constitue une attaque, le juge du procès a dit ceci:

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs, cette partie est importante parce que nous avons un témoignage à propos de M. Malott s'appêtant à sortir de la voiture. Y a-t-il des éléments de preuve qui appuient la position de la défense? Madame Malott a témoigné qu'en route vers le centre médical, il s'était mis en colère contre elle à propos de la déduction fiscale pour Jody, qu'il l'avait empoignée et lui avait dit avec colère de s'arranger. À leur arrivée au centre médical, il a détaché sa ceinture de sécurité et lui a lancé un regard qui voulait dire qu'elle y goûterait tôt ou tard, et habituellement plus tôt que tard. Comme elle se levait, il s'est penché sur elle, l'a empoignée au cou de la main droite et a commencé à l'étouffer. Il était dans une grande colère. Sa ceinture de sécurité n'était pas attachée à ce moment. Elle s'est rendue à la porte du centre médical, qui était verrouillée. Comme elle retournait à la voiture, elle a pensé qu'elle allait avoir des problèmes parce qu'il avait besoin des percocets pour la transaction de cocaïne qu'il avait préparée. En s'approchant de la voiture, elle lui a dit que la porte était verrouillée. Il a ouvert la portière du côté du conducteur. Il a mis le pied gauche par terre comme s'il s'appêtait à sortir. Si sa ceinture de sécurité était alors attachée, il a dû l'attacher après qu'elle eut quitté la voiture, et elle l'ignorait. Selon elle, sa ceinture était encore détachée. Elle a cru qu'il allait encore la frapper.

À mon avis, la directive du juge du procès sur la question de l'attaque illégale ainsi que son analyse de la preuve ont suffisamment renseigné le jury sur les agissements de la victime qui ont pu constituer une attaque illégale. Le jury a également été ainsi renseigné sur les perceptions de l'appelante à la lumière de son expérience et de sa connaissance du

I therefore conclude that the charge on unlawful assault was proper.

26

Abella J.A. also found that, with respect to the second and third elements of self-defence, the trial judge did not sufficiently review the evidence of the appellant and of Dr. Jaffe. Nor did he sufficiently explain and connect the expert's evidence to the assessment of the reasonableness of the appellant's perceptions and behaviour. Again, I respectfully disagree. After setting out the governing principles under s. 34(2) for assessing an accused's apprehensions and actions, the trial judge stated:

Now you have heard of the assaults on the accused and of the threats of violence to her made by Paul Malott over almost 20 years. Such evidence can support an inference that Paul Malott had a disposition for violence of a kind likely to result in conduct of a kind that might cause the accused to consider it life-threatening. It can also be considered as support of her version of the events.

27

He then described the purpose for which the expert evidence on battered woman syndrome had been admitted:

The evidence of Dr. Jaffe was admitted to explain why the accused remained in the kind of relationship she described she had with the accused [*sic*]. You may think that it is relevant in assessing the nature and extent of the abuse she alleged. Expert testimony relating to the ability of an accused to perceive danger goes to the issue whether she reasonably apprehended death or grievous bodily harm on this occasion and believed on reasonable grounds that she had no alternative but to shoot him. If you accept her evidence of years of abuse and violence, her mental state at the moment she shot her husband must be understood in the cumulative effect of those years. You may consider her knowledge of his patterns of behaviour preceding violence and whether or not she was able to anticipate the nature and extent of his violence.

comportement de la victime. Je conclus donc que les directives sur l'attaque illégale étaient suffisantes.

Le juge Abella a également estimé, relativement au deuxième et au troisième élément de la légitime défense, que le juge du procès n'a pas suffisamment analysé le témoignage de l'appelante et celui du Dr Jaffe. Il n'aurait pas non plus suffisamment expliqué le lien entre le témoignage de l'expert et l'appréciation du caractère raisonnable des perceptions et du comportement de l'appelante. Encore là, je ne puis être d'accord. Après avoir exposé les principes gouvernant, sous le régime du par. 34(2), l'appréciation de l'appréhension et des agissements de l'accusé, le juge du procès a dit ceci:

[TRADUCTION] Vous avez entendu la preuve concernant les agressions et les menaces de violence dont l'accusée a été victime de la part de Paul Malott pendant près de 20 ans. En se fondant sur cette preuve, on pourrait conclure que Paul Malott avait une disposition pour la violence susceptible d'entraîner un comportement qui pouvait amener l'accusée à penser que sa vie était menacée. On peut également considérer que cette preuve appuie sa version des événements.

Il a ensuite expliqué les fins auxquelles le témoignage d'expert sur le syndrome de la femme battue avait été admis:

[TRADUCTION] Le témoignage du Dr Jaffe a été admis pour expliquer pourquoi l'accusée n'a pas mis fin au type de rapports qu'elle avait avec l'accusée (*sic*). Vous pouvez penser que cela est pertinent pour ce qui est d'apprécier la nature et le degré de violence dont elle dit avoir été l'objet. La preuve d'expert relative à la capacité de l'accusée de percevoir le danger touche à la question de savoir s'il était raisonnable qu'elle appréhende la mort ou des lésions corporelles graves à ce moment et si elle croyait pour des motifs raisonnables qu'elle n'avait d'autre choix que de le tuer. Si vous acceptez son témoignage sur les années de mauvais traitements et de violence, il vous faut comprendre son état mental au moment où elle a fait feu sur son mari en tenant compte de l'effet cumulatif de ces années. Vous pouvez tenir compte de la connaissance qu'elle avait de ses modes de comportement avant la violence et vous demander si elle était ou non capable d'anticiper la nature et le degré de sa violence.

In my opinion, these statements accurately conveyed to the jury the *Lavallee* principles regarding the appellant's ability to perceive danger from the deceased and the reasonableness of her perceptions that she could not otherwise preserve herself from death or grievous bodily harm. The jury were properly informed that the issues were to be considered from the perspective of someone whose perceptions at the time of the shooting may have been shaped by her prior experience of abuse. In the following portion of the charge, the jury were also directed to the relevant evidence:

Now what evidence is there to support the defence position that she caused the death under a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm and she believed on reasonable and probable grounds that she could not otherwise preserve herself from death or grievous bodily harm. . . . There is the evidence of Margaret Malott. The evidence of her remaining in an abusive relationship with her husband for seven years. Evidence of her remaining in an abusive relationship with Paul Malott for 19 years. Most important is the evidence she gave of the nature and frequency of the abuse.

The trial judge told the jury that the appellant's evidence was obviously of the greatest importance and should be reviewed in detail. He referred the jury to an exhibit that summarized the abuse suffered by the appellant. He also referred to other evidence that supported the defence position of self-defence, including the expert evidence of Dr. Jaffe.

In reviewing Dr. Jaffe's evidence, the trial judge summarized the reasons that battered women do not leave the home in which they are being abused. He then stated:

The particulars of abuse set out in Exhibit 43 have a cumulative effect and that resulted in an increased sense of helplessness as time went on. She had no sense of having a safe place to go. She believed Paul Malott was all knowing and all powerful. She had no trust in the police or anyone else to help her. She was totally dependent on him and desperate to keep his love. While there

À mon avis, il ressort de ces énoncés que le juge du procès a adéquatement exposé au jury les principes dégagés dans l'arrêt *Lavallee* concernant la capacité de l'appelante de percevoir le danger présenté par la victime et le caractère raisonnable de sa croyance qu'elle ne pouvait autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves. Le jury a été suffisamment sensibilisé à la nécessité d'examiner les questions du point de vue de quelqu'un dont la perception au moment de l'incident a pu être influencée par son expérience antérieure de la brutalité. Le jury a également reçu des directives concernant les éléments de preuve pertinents dans le passage suivant de l'exposé du juge:

[TRADUCTION] Quels éléments de preuve avons-nous pour appuyer la position de la défense selon laquelle elle a causé la mort parce qu'elle avait des motifs raisonnables pour appréhender la mort ou des lésions corporelles graves et qu'elle croyait pour des motifs raisonnables et probables qu'elle ne pouvait autrement échapper à la mort ou à des lésions corporelles graves [...] Il y a le témoignage de Margaret Malott. Son témoignage sur le fait qu'elle a eu des rapports marqués par la violence avec son mari pendant sept ans. Son témoignage sur le fait qu'elle a eu des rapports marqués par la violence avec Paul Malott pendant 19 ans. Le plus important est le témoignage qu'elle a donné sur la nature et la fréquence des mauvais traitements.

Le juge du procès a dit au jury que le témoignage de l'appelante était à l'évidence de la plus haute importance et qu'il devait l'examiner en détail. Il a renvoyé le jury à une pièce où l'on faisait la récapitulation des mauvais traitements subis par l'appelante. Il a également fait référence aux autres témoignages étayant la position de la défense quant à la légitime défense, dont le témoignage d'expert du Dr Jaffe.

Analysant le témoignage du Dr Jaffe, le juge du procès a résumé les motifs pour lesquels les femmes battues ne quittent pas le foyer où elles sont maltraitées. Il a ensuite dit ceci:

[TRADUCTION] Les mauvais traitements, exposés en détail à la pièce 43, ont un effet cumulatif qui a entraîné chez l'appelante, au fil des années, un sentiment accru d'impuissance. Elle avait le sentiment de n'être nulle part en sécurité. Elle croyait que Paul Malott savait tout et était tout-puissant. Elle n'avait aucune confiance en la police ou en qui que ce soit d'autre qui aurait pu lui

were physical separations there was no psychological separation. She did not feel safe when he was gone and she never knew when he was coming back. In the last three weeks there was an increasing level of psychological abuse. It is an over simplification to say that she was just a woman scorned. She suffered an increasing sense of desperation. On the last day she felt increasingly threatened and got the gun. During the ride to the medical centre she said that he threatened her and she felt increasingly unsafe.

When she shot him she felt threatened which reminded her of the previous abuse. She said he was getting out of the car, coming after her. Although in cases where women have killed the batterer, they were assaulted more frequently and more violently before doing so, that is not always the case. It may follow threats and psychological and emotional abuse as in this case. Although she did not tell Dr. Jaffe of any assault in the last six months he said that threats can terrorize as much as an assault. Although it is rare for battered women to kill the man after he is living with another woman, he has seen it in two or three cases.

30 In my opinion, this portion of the charge adequately conveyed to the jury the utility of the expert evidence in understanding the reasons why an abused woman might remain in a battering relationship. It also referred the jury to the exhibit that detailed the nature and extent of the violence that existed between the appellant and the deceased, and described the effect that this violence had on the appellant's perceptions. Accordingly, I conclude that the trial judge properly instructed the jury on the *Lavallee* principles outlined in the preceding section.

31 My conclusion that the jury charge was adequate does not mean it was flawless. As with most jury charges, there is room for debate. In particular, it could be argued that it may have been desirable for the trial judge to have instructed the jury to a greater extent in making the connection between the evidence of battered woman syndrome and the legal issue of self-defence. However, in reviewing

venir en aide. Elle était totalement dépendante de lui et cherchait désespérément à conserver son amour. Il y a bien eu des séparations physiques, mais il n'y a pas eu de séparation psychologique. Elle ne se sentait pas en sécurité quand il n'était pas là et elle ne savait jamais quand il revenait. Au cours des trois dernières semaines, il y avait eu une augmentation du niveau de violence psychologique. C'est une simplification abusive que de dire qu'elle n'était qu'une femme dédaignée. Son sentiment de désespoir ne cessait d'augmenter. Le dernier jour, se sentant de plus en plus menacée, elle a pris le pistolet. Elle a dit qu'il l'a menacée alors qu'ils étaient en route vers le centre médical et qu'elle se sentait de moins en moins en sécurité.

Quand elle a tiré sur lui, elle se sentait menacée, ce qui lui a rappelé les actes antérieurs de brutalité. Elle a dit qu'il s'appêtait à sortir de la voiture et à l'attraper. Dans des cas où des femmes ont tué leur agresseur, elles avaient été attaquées plus fréquemment et plus violemment avant d'agir, mais ce n'est pas toujours le cas. Cela peut faire suite à des menaces et à une violence psychologique et émotionnelle comme dans la présente affaire. Bien qu'elle n'ait pas parlé au Dr. Jaffe d'attaques survenues au cours des six mois précédents, ce dernier a expliqué que les menaces pouvaient terroriser autant qu'une attaque. Bien qu'il soit rare qu'une femme battue tue l'homme lorsqu'il habite avec une autre femme, il l'a vu dans deux ou trois cas.

À mon avis, cette partie de l'exposé a adéquatement sensibilisé le jury à l'utilité du témoignage de l'expert pour comprendre les motifs qui font en sorte qu'une femme battue peut rester dans cette situation. On y renvoie également le jury à la pièce où l'on expose en détail la nature et le degré de violence qui existait entre l'appelante et la victime, et on y décrit l'effet de cette violence sur la perception de l'appelante. Je conclus donc que le juge du procès a donné au jury des directives appropriées sur les principes de l'arrêt *Lavallee* exposés dans la partie précédente.

Ma conclusion quant à la suffisance de l'exposé au jury ne signifie pas pour autant que celui-ci était sans faille. Comme pour la plupart des exposés au jury, il y a place à la discussion. En particulier, on pourrait faire valoir qu'il aurait été souhaitable que le juge du procès donne davantage de directives sur le lien entre la preuve relative au syndrome de la femme battue et la question juridique de la légi-

the trial judge's charge as a whole, I am satisfied that the jury were left with a sufficient understanding of the facts as they related to the relevant legal issues.

Counsel for the appellant submitted that the trial judge in this case was required to repeat verbatim comments made by this Court in *Lavallee*. In my view, such a requirement would impose an unnecessary and non-productive obligation. There is no precise formula that can be followed in instructing a jury. In reviewing a jury charge, an appellate court should not minutely scrutinize the charge but should consider whether the trial judge reviewed the evidence and related it to the relevant legal issues and principles in a manner that would equip the jury to reach its verdict according to applicable law.

I would add that I do not accept the respondent's submission that, in view of the Crown's concession that the abuse took place, it was not necessary for the trial judge in this case to address the first and second principles from *Lavallee*. In my view, regardless of any concessions made by the Crown, it is incumbent upon a trial judge to explain to the jury the purposes for which expert evidence on battered woman syndrome is admitted in cases such as the present one.

VI. Disposition

The appeal is dismissed.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons of my colleague Justice Major, and I concur with the result that he reaches. However, given that this Court has not had the opportunity to discuss the value of evidence of "battered woman syndrome" since *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, and given the evolving discourse on "battered woman syndrome" in the legal community, I will make a few comments on the importance of this kind of

time défense. Toutefois, après analyse de l'ensemble de l'exposé, je suis convaincu que le jury avait une compréhension suffisante des faits relatifs aux questions de droit pertinentes.

L'avocat de l'appelante a soutenu que le juge du procès en l'espèce était tenu de reprendre textuellement les commentaires formulés par notre Cour dans l'arrêt *Lavallee*. À mon sens, imposer une telle exigence est à la fois inutile et inefficace. Il n'y a pas de formule précise à suivre pour donner des directives à un jury. Lorsqu'elle examine un exposé au jury, la cour siégeant en appel n'a pas à en faire une analyse minutieuse. Elle doit examiner si le juge du procès a fait une revue de la preuve et s'il en a relié les éléments aux questions de droit et aux principes pertinents d'une manière qui permette au jury de rendre un verdict conformément au droit applicable.

J'ajouterai que je n'accepte pas la prétention de l'intimée selon laquelle le ministère public ayant admis qu'il y avait eu mauvais traitements, il n'était pas nécessaire que le juge du procès en l'espèce traite du premier et du deuxième principes tirés de l'arrêt *Lavallee*. À mon sens, indépendamment des concessions faites par le ministère public, il incombait au juge du procès d'expliquer au jury les fins pour lesquelles la preuve d'expert sur le syndrome de la femme battue est admise dans des affaires comme la présente.

VI. Dispositif

Le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Major et je souscris à la conclusion à laquelle il en arrive. Étant donné, toutefois, que notre Cour n'a pas eu l'occasion d'étudier la valeur de la preuve du «syndrome de la femme battue» depuis son arrêt *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, et vu l'évolution dans la communauté juridique de la doctrine relative à ce syndrome, je me permettrai quelques

32

33

34

35

evidence to the just adjudication of charges involving battered women.

36

First, the significance of this Court's decision in *Lavallee*, which first accepted the need for expert evidence on the effects of abusive relationships in order to properly understand the context in which an accused woman had killed her abusive spouse in self-defence, reaches beyond its particular impact on the law of self-defence. A crucial implication of the admissibility of expert evidence in *Lavallee* is the legal recognition that historically both the law and society may have treated women in general, and battered women in particular, unfairly. *Lavallee* accepted that the myths and stereotypes which are the products and the tools of this unfair treatment interfere with the capacity of judges and juries to justly determine a battered woman's claim of self-defence, and can only be dispelled by expert evidence designed to overcome the stereotypical thinking. The expert evidence is admissible, and necessary, in order to understand the reasonableness of a battered woman's perceptions, which in *Lavallee* were the accused's perceptions that she had to act with deadly force in order to preserve herself from death or grievous bodily harm. Accordingly, the utility of such evidence in criminal cases is not limited to instances where a battered woman is pleading self-defence, but is potentially relevant to other situations where the reasonableness of a battered woman's actions or perceptions is at issue (e.g. provocation, duress or necessity). See *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, at p. 1021.

37

It is clear from the foregoing that "battered woman syndrome" is not a legal defence in itself such that an accused woman need only establish that she is suffering from the syndrome in order to gain an acquittal. As Wilson J. commented in *Lavallee*, at p. 890: "Obviously the fact that the appellant was a battered woman does not entitle

remarques sur l'importance de ce type de preuve pour qu'une décision juste soit rendue lors d'accusations qui impliquent des femmes battues.

Premièrement, l'importance de l'arrêt *Lavallee*, où notre Cour a, pour la première fois, reconnu la nécessité de recourir à une preuve d'expert sur les effets des relations où il y a violence pour bien comprendre le contexte dans lequel une femme avait, en état de légitime défense, tué le conjoint qui usait de violence à son égard, va au-delà de son incidence particulière sur le droit en matière de légitime défense. Une implication cruciale de l'admissibilité du témoignage d'expert dans cet arrêt est la reconnaissance juridique que, historiquement, tant le droit que la société ont peut-être traité les femmes en général, et les femmes battues en particulier, de façon injuste. Dans l'arrêt *Lavallee*, la Cour a convenu que les mythes et les stéréotypes, qui sont, à la fois le fruit et l'instrument de ce traitement inéquitable, font obstacle à la juste appréciation par les juges et les jurés du moyen de défense fondé sur la légitime défense que fait valoir la femme battue, et ils ne peuvent être surmontés que par une preuve d'expert conçue pour éliminer ces stéréotypes. La preuve d'expert est et admissible et nécessaire pour comprendre le caractère raisonnable des perceptions de la femme battue, lesquelles consistaient, dans l'arrêt *Lavallee*, à croire qu'elle devait recourir à l'homicide afin de se soustraire à la mort ou à quelque lésion corporelle grave. En conséquence, l'utilité de ce type de preuve dans un procès pénal ne se limite pas aux cas où la légitime défense est invoquée par une femme battue, mais peut être pertinente dans l'analyse d'autres situations où est en cause le caractère raisonnable des actes ou des perceptions d'une femme battue (par exemple, la provocation, la contrainte ou la nécessité). Voir *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, à la p. 1021.

Il ressort à l'évidence de ce qui précède que le «syndrome de la femme battue» n'est pas un moyen de défense en soi, qui ferait en sorte que toute accusée n'a qu'à établir qu'elle en est atteinte pour être acquittée. Comme le fait remarquer Madame le juge Wilson dans l'arrêt *Lavallee*, à la p. 890: «Évidemment, ce n'est pas parce que l'ap-

her to an acquittal. Battered women may well kill their partners other than in self-defence.” Rather, “battered woman syndrome” is a psychiatric explanation of the mental state of women who have been subjected to continuous battering by their male intimate partners, which can be relevant to the legal inquiry into a battered woman’s state of mind.

Second, the majority of the Court in *Lavallee* also implicitly accepted that women’s experiences and perspectives may be different from the experiences and perspectives of men. It accepted that a woman’s perception of what is reasonable is influenced by her gender, as well as by her individual experience, and both are relevant to the legal inquiry. This legal development was significant, because it demonstrated a willingness to look at the whole context of a woman’s experience in order to inform the analysis of the particular events. But it is wrong to think of this development of the law as merely an example where an objective test — the requirement that an accused claiming self-defence must reasonably apprehend death or grievous bodily harm — has been modified to admit evidence of the subjective perceptions of a battered woman. More important, a majority of the Court accepted that the perspectives of women, which have historically been ignored, must now equally inform the “objective” standard of the reasonable person in relation to self-defence.

When interpreting and applying *Lavallee*, these broader principles should be kept in mind. In particular, they should be kept in mind in order to avoid a too rigid and restrictive approach to the admissibility and legal value of evidence of a battered woman’s experiences. Concerns have been expressed that the treatment of expert evidence on battered women syndrome, which is itself admissible in order to combat the myths and stereotypes which society has about battered women, has led to a new stereotype of the “battered woman”: see, e.g., Martha Shaffer, “The battered woman syn-

pelante était une femme battue qu’elle a droit à l’acquittement. Les femmes battues peuvent tuer leurs partenaires autrement qu’en légitime défense.» Le «syndrome de la femme battue» est plutôt une explication psychiatrique de l’état mental de femmes ayant été continuellement soumises à la violence de leurs partenaires masculins qui peut être pertinente dans l’analyse juridique de l’état d’esprit d’une femme battue.

Deuxièmement, la majorité des juges de la Cour a aussi implicitement convenu dans l’arrêt *Lavallee*, que les expériences et les perspectives des femmes et des hommes peuvent différer. Elle a admis que la perception d’une femme quant à ce qui est raisonnable est fonction de son sexe comme de son expérience individuelle et que l’examen du tribunal doit porter sur ces deux éléments. Cette évolution jurisprudentielle est importante parce qu’elle atteste une volonté de tenir compte de l’ensemble du contexte de l’expérience de la femme dans l’analyse de faits particuliers. Mais on aurait tort de concevoir cette évolution comme un simple exemple de modification d’un critère objectif — l’exigence selon laquelle l’accusée qui allègue la légitime défense doit avoir des motifs raisonnables pour appréhender la mort ou quelque lésion corporelle grave — afin d’autoriser la preuve des perceptions subjectives de la femme battue. De plus grande importance est le fait que la Cour à la majorité a admis que les perspectives des femmes, dont il n’a pas été tenu compte dans le passé, doivent désormais être également prises en considération dans l’examen de la norme «objective» de la personne raisonnable en matière de légitime défense.

Le tribunal appelé à interpréter et à appliquer l’arrêt *Lavallee* doit garder ces principes à l’esprit en particulier pour ne pas se montrer d’une inflexibilité et d’une sévérité excessives dans l’examen de l’admissibilité et de la valeur probante de la preuve des expériences de la femme battue. On s’est inquiété de ce que la façon d’évaluer le témoignage d’expert relativement au syndrome de la femme battue, admissible en soi pour combattre les mythes et stéréotypes qui ont cours dans la société à propos des femmes battues, n’ait conduit à un nouveau stéréotype de la «femme battue»:

drome revisited: Some complicating thoughts five years after *R. v. Lavallee*" (1997), 47 *U.T.L.J.* 1, at p. 9; Sheila Noonan, "Strategies of Survival: Moving Beyond the Battered Woman Syndrome", in Ellen Adelberg and Claudia Currie, eds., *In Conflict with the Law: Women and the Canadian Justice System* (1993), 247, at p. 254; Isabel Grant, "The 'syndromization' of women's experience", in Donna Martinson et al., "A Forum on *Lavallee v. R.: Women and Self-Defence*" (1991), 25 *U.B.C. L. Rev.* 23, 51, at pp. 53-54; and Martha R. Mahoney, "Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation" (1991), 90 *Mich. L. Rev.* 1, at p. 42.

voir, par exemple, Martha Shaffer, «The battered woman syndrome revisited: Some complicating thoughts five years after *R. v. Lavallee*» (1997), 47 *U.T.L.J.* 1, à la p. 9; Sheila Noonan, «Strategies of Survival: Moving Beyond the Battered Woman Syndrome», dans Ellen Adelberg et Claudia Currie, dir., *In Conflict with the Law: Women and the Canadian Justice System* (1993), 247, à la p. 254; Isabel Grant, «The "syndromization" of women's experience», dans Donna Martinson et autres, «A Forum on *Lavallee v. R.: Women and Self-Defence*» (1991), 25 *U.B.C. L. Rev.* 23, 51, aux pp. 53 et 54; et Martha R. Mahoney, «Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation» (1991), 90 *Mich. L. Rev.* 1, à la p. 42.

40

It is possible that those women who are unable to fit themselves within the stereotype of a victimized, passive, helpless, dependent, battered woman will not have their claims to self-defence fairly decided. For instance, women who have demonstrated too much strength or initiative, women of colour, women who are professionals, or women who might have fought back against their abusers on previous occasions, should not be penalized for failing to accord with the stereotypical image of the archetypal battered woman. See, e.g., Julie Stubbs and Julia Tolmie, "Race, Gender, and the Battered Woman Syndrome: An Australia Case Study" (1995), 8 *C.J.W.L.* 122. Needless to say, women with these characteristics are still entitled to have their claims of self-defence fairly adjudicated, and they are also still entitled to have their experiences as battered women inform the analysis. Professor Grant, *supra*, at p. 52, warns against allowing the law to develop such that a woman accused of killing her abuser must either have been "reasonable 'like a man' or reasonable 'like a battered woman'". I agree that this must be avoided. The "reasonable woman" must not be forgotten in the analysis, and deserves to be as much a part of the objective standard of the reasonable person as does the "reasonable man".

Il est possible que, dans les cas de femmes qui ne correspondent pas au stéréotype de la femme battue victimisée, passive, impuissante, dépendante, l'allégation de légitime défense ne soit pas tranchée équitablement. Par exemple, les femmes qui ont montré trop de force ou d'initiative, les femmes de couleur, celles qui exercent une profession libérale ou celles qui ont résisté à leur agresseur à d'autres occasions ne doivent pas être désavantagées parce qu'elles ne se conforment pas au stéréotype de la femme battue. Voir, par exemple, Julie Stubbs et Julia Tolmie, «Race, Gender, and the Battered Woman Syndrome: An Australia Case Study» (1995), 8 *R.F.D.* 122. Il va sans dire que les femmes présentant ces caractéristiques ont tout de même droit à ce que leur moyen de défense fondé sur la légitime défense soit examiné équitablement, et à ce que leurs expériences de femmes battues soient prises en compte dans l'analyse. Le professeur Grant, *loc. cit.*, à la p. 52, met en garde contre toute évolution jurisprudentielle qui exigerait que la femme accusée d'avoir tué son agresseur ait eu, soit la conduite [TRADUCTION] «raisonnable "d'un homme", soit la conduite raisonnable "d'une femme battue"». Je suis d'accord que ceci doit être évité. La notion de «femme raisonnable» ne doit pas être ignorée dans cette analyse; elle a tout autant sa place dans la norme objective de la personne raisonnable que la notion d'«homme raisonnable».

How should the courts combat the “syndromization”, as Professor Grant refers to it, of battered women who act in self-defence? The legal inquiry into the moral culpability of a woman who is, for instance, claiming self-defence must focus on the reasonableness of her actions in the context of her personal experiences, and her experiences as a woman, not on her status as a battered woman and her entitlement to claim that she is suffering from “battered woman syndrome”. This point has been made convincingly by many academics reviewing the relevant cases: see, e.g., Wendy Chan, “A Feminist Critique of Self-Defense and Provocation in Battered Women’s Cases in England and Wales” (1994), 6 *Women & Crim. Just.* 39, at pp. 56-57; Elizabeth M. Schneider, “Describing and Changing: Women’s Self-Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering” (1992), 14 *Women’s Rts. L. Rep.* 213, at pp. 216-17; and Marilyn MacCrimmon, “The social construction of reality and the rules of evidence”, in Donna Martinson et al., *supra*, 36, at pp. 48-49. By emphasizing a woman’s “learned helplessness”, her dependence, her victimization, and her low self-esteem, in order to establish that she suffers from “battered woman syndrome”, the legal debate shifts from the objective rationality of her actions to preserve her own life to those personal inadequacies which apparently explain her failure to flee from her abuser. Such an emphasis comports too well with society’s stereotypes about women. Therefore, it should be scrupulously avoided because it only serves to undermine the important advancements achieved by the decision in *Lavallee*.

There are other elements of a woman’s social context which help to explain her inability to leave her abuser, and which do not focus on those characteristics most consistent with traditional stereotypes. As Wilson J. herself recognized in *Lavallee*, at p. 887, “environmental factors may also impair the woman’s ability to leave — lack of job skills, the presence of children to care for, fear of retali-

Comment les tribunaux doivent-ils combattre l’apparition de ce nouveau «syndrome» — qui s’attacherait cette fois aux femmes battues agissant en légitime défense dont fait mention le professeur Grant? L’examen légal de la culpabilité morale de la femme qui, par exemple, plaide la légitime défense doit porter avant tout sur le caractère raisonnable de ses actes dans le contexte de ses expériences personnelles, notamment en tant que femme, et non pas sur sa situation de femme battue et son droit d’alléguer qu’elle est atteinte du «syndrome de la femme battue». Cet argument a été avancé de manière convaincante par nombre de commentateurs qui ont passé en revue les décisions pertinentes: voir, par exemple, Wendy Chan, «A Feminist Critique of Self-Defense and Provocation in Battered Women’s Cases in England and Wales» (1994), 6 *Women & Crim. Just.* 39, aux pp. 56 et 57; Elizabeth M. Schneider, «Describing and Changing: Women’s Self-Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering» (1992), 14 *Women’s Rts. L. Rep.* 213, aux pp. 216 et 217; Marilyn MacCrimmon, «The social construction of reality and the rules of evidence», dans Donna Martinson et autres, *loc. cit.*, 36, aux pp. 48 et 49. En mettant l’accent sur l’«impuissance acquise» de la femme, sa dépendance, sa victimisation et son manque d’estime de soi, dans le but d’établir qu’elle souffre du «syndrome de la femme battue», le débat judiciaire ne porte plus sur la rationalité objective des actes qu’elle accomplit pour préserver sa propre vie, mais plutôt sur ces insuffisances personnelles de nature à expliquer son incapacité de fuir son agresseur. Une telle emphase ne s’accorde que trop bien avec les stéréotypes à l’égard des femmes. Par conséquent, il y a lieu de les éviter scrupuleusement, parce qu’elles servent uniquement à battre en brèche les progrès importants accomplis par l’arrêt *Lavallee*.

Il existe d’autres éléments du contexte social de la femme de nature à expliquer son incapacité à fuir son agresseur, des éléments qui ne tiennent pas aux caractéristiques s’harmonisant le plus avec les stéréotypes traditionnels. Comme l’observe Madame le juge Wilson elle-même dans l’arrêt *Lavallee*, à la p. 887, «des facteurs particuliers liés à la situation de la femme en question peuvent lui

tion by the man, etc. may each have a role to play in some cases.” To this list of factors I would add a woman’s need to protect her children from abuse, a fear of losing custody of her children, pressures to keep the family together, weaknesses of social and financial support for battered women, and no guarantee that the violence would cease simply because she left. These considerations necessarily inform the reasonableness of a woman’s beliefs or perceptions of, for instance, her lack of an alternative to the use of deadly force to preserve herself from death or grievous bodily harm.

43

How should these principles be given practical effect in the context of a jury trial of a woman accused of murdering her abuser? To fully accord with the spirit of *Lavallee*, where the reasonableness of a battered woman’s belief is at issue in a criminal case, a judge and jury should be made to appreciate that a battered woman’s experiences are both individualized, based on her own history and relationships, as well as shared with other women, within the context of a society and a legal system which has historically undervalued women’s experiences. A judge and jury should be told that a battered woman’s experiences are generally outside the common understanding of the average judge and juror, and that they should seek to understand the evidence being presented to them in order to overcome the myths and stereotypes which we all share. Finally, all of this should be presented in such a way as to focus on the reasonableness of the woman’s actions, without relying on old or new stereotypes about battered women.

44

My focus on women as the victims of battering and as the subjects of “battered woman syndrome” is not intended to exclude from consideration those

rendre plus difficile son départ. En effet, le manque de compétences professionnelles, la présence d’enfants dont il faut prendre soin, la crainte que l’homme n’exerce des représailles, etc., peuvent tous jouer dans certains cas.» J’ajouterais à cette liste le besoin, chez la femme, de protéger ses enfants contre la violence, la crainte de perdre la garde de ses enfants, les pressions exercées pour garder la famille unie, l’insuffisance des ressources sociales et financières offertes aux femmes battues ainsi que l’absence de garantie que la violence cesserait du simple fait qu’elle a quitté le foyer. Ces considérations sont nécessairement pertinentes pour évaluer le caractère raisonnable de ce qu’une femme croit ou perçoit, par exemple qu’elle n’avait d’autre choix que de tuer son agresseur pour se soustraire à la mort ou à quelque lésion corporelle grave.

Comment faut-il appliquer concrètement ces principes dans le contexte d’un procès devant jury d’une femme accusée d’avoir tué son agresseur? Pour se conformer pleinement à l’esprit de l’arrêt *Lavallee* dans lequel le caractère raisonnable des croyances d’une femme battue était au centre du débat dans une affaire criminelle, il est nécessaire que le juge et le jury comprennent que les expériences d’une femme battue sont individualisées, dépendent de son propre passé et de ses relations, et qu’en même temps elles sont partagées avec d’autres femmes, dans le contexte d’une société et d’un système juridique qui ont, dans le passé, mésestimé les expériences des femmes. Le juge et le jury doivent être au courant que les expériences de la femme battue dépassent généralement l’entendement du juge et du jury moyens, et qu’il leur faut chercher à comprendre la preuve produite afin de vaincre les mythes et les stéréotypes que nous partageons tous. Enfin, il faut que tous ces éléments soient présentés de telle manière que l’accent soit mis sur le caractère raisonnable des actes de la femme, sans recours quelconque aux stéréotypes, anciens ou nouveaux, à l’égard des femmes battues.

L’accent mis sur la situation des femmes en tant que victimes de violence et objets du «syndrome de la femme battue» n’entend pas écarter du débat

men who find themselves in abusive relationships. However, the reality of our society is that typically, it is women who are the victims of domestic violence, at the hands of their male intimate partners. To assume that men who are victims of spousal abuse are affected by the abuse in the same way, without benefit of the research and expert opinion evidence which has informed the courts of the existence and details of “battered woman syndrome”, would be imprudent.

In the present appeal, it was uncontested that Margaret Ann Malott suffered years of horrible emotional, psychological, physical and sexual abuse at the hands of her husband, Paul Malott. Dr. Peter Jaffe, the psychologist who testified on Mrs. Malott's behalf, described her as having “one of the most severe cases” of battered woman syndrome that he had ever seen. I agree with Abella J.A. that in such circumstances, the trial judge could have more expansively explained and emphasized the relevance of the expert evidence on battered woman syndrome to Mrs. Malott's claim of self-defence. In this connection, the trial judge's charge to the jury was not perfect. But as my colleague Major J. correctly points out at para. 15, it is unrealistic for an appeal court to review a trial judge's charge to a jury based on a standard of perfection. In deference to this well-established principle, I agree with Major J.'s conclusion that the charge was sufficient. For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitor for the respondent: Scott C. Hutchison, Toronto.

les hommes qui sont eux-mêmes victimes de relations où il y a violence. La réalité, toutefois, dans notre société, est qu'en règle générale, ce sont les femmes qui sont victimes de la violence de leurs partenaires masculins. Présumer que les hommes victimes de violence de la part de leur conjointe sont affectés de la même manière que les femmes dans cette situation, sans disposer d'études et de témoignages d'experts semblables à ceux qui ont permis aux tribunaux de déceler l'existence et la nature précise du «syndrome de la femme battue», serait imprudent.

Dans le présent pourvoi, il n'est pas contesté que Margaret Ann Malott a, pendant des années, été victime de violence sur les plans émotionnel, psychologique, physique et sexuel de la part de son mari, Paul Malott. Le Dr Peter Jaffe, le psychologue qui a témoigné pour M^{me} Malott, a affirmé qu'elle représentait [TRADUCTION] «l'un des cas les plus graves» de syndrome de la femme battue qu'il ait jamais observé. Je suis d'accord avec Madame le juge Abella que, dans de telles circonstances, le juge du procès aurait pu expliquer et insister davantage sur la pertinence du témoignage d'expert en ce qui concerne le syndrome de la femme battue au regard de l'allégation de légitime défense de M^{me} Malott. Sous cet aspect, l'exposé du juge au jury n'était pas parfait. Mais, comme le fait observer à juste titre mon collègue le juge Major au par. 15, il n'est pas réaliste pour une cour siégeant en appel de scruter l'exposé du juge au jury à l'aune de la perfection. Souscrivant à ce principe bien établi, je suis d'accord avec la conclusion du juge Major que cet exposé était suffisant. Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureur de l'intimée: Scott C. Hutchison, Toronto.



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1998 Vol. 1

2^e cahier, 1998 Vol. 1

Cited as [1998] 1 S.C.R. 147-314

Renvoi [1998] 1 R.C.S. 147-314

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1998.

CONTENTS

Canderel Ltd. v. Canada 147

Income tax — Calculation of income — Rental income — Deductions — Tenant inducement payments (TIPs) — Business requirements necessitating TIPs to be made in one year — Whether TIPs deductible as running expense in that year or whether TIPs to be amortized over term of lease — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 18(1), (9).

Hall v. Quebec (Deputy Minister of Revenue) 220

Estates — Seizin — Testamentary executor and universal legatee — Nature and effect of seizin of testamentary executor and seizin of legatee — Coexistence of two seizins — Whether executor's seizin prevails over that of legatee — Whether testamentary executor's seizin extends to fruits and income gen-

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1998.

SOMMAIRE

Canderel Ltée c. Canada 147

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu de location — Déductions — Paiements d'incitation à la location (PIL) — Des impératifs commerciaux ont entraîné le versement de PIL au cours d'une année — Les PIL sont-ils déductibles à titre de dépenses courantes au cours de cette année ou doivent-ils être amortis sur la durée du bail? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1), 18(1), (9).

Hall c. Québec (Sous-ministre du Revenu) 220

Successions — Saisine — Exécuteur testamentaire et légataire universel — Nature et effet des saisines de l'exécuteur testamentaire et du légataire — Coexistence des deux saisines — La saisine de l'exécuteur a-t-elle préséance sur celle du légata-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

erated after testator's death — Civil Code of Lower Canada, arts. 409, 891, 918.

Taxation — Estate — Universal legatee — Taxation Act providing that income of estate must be included in computing taxable income of person entitled to demand payment thereof during taxation year — Time when person entitled to demand payment thereof — Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 652, 663 — Civil Code of Lower Canada, arts. 891, 918.

Ikea Ltd. v. Canada 196

Income tax — Calculation of income — Receipt of tenant inducement payment ("TIP") — Whether TIP to be treated as revenue or as a capital receipt — If revenue, whether to be included in income entirely in the year received or amortized over the period of the lease — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 9(1) — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 12(1)(x).

R. v. Bisson 306

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Whether trial judge misdirected jury on meaning of "beyond a reasonable doubt" by comparing it to degree of certainty used to make decisions in everyday activities — If so, whether new trial should be ordered.

R. v. Dixon 244

R. v. McQuaid 285

R. v. Robart 279

R. v. Smith 291

R. v. Skinner 298

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Duty to disclose — Accused convicted of aggravated assault — Crown not disclosing statements made by four individuals — Summary of statements included in police reports provided to defence counsel at trial — Appropriate test for determining whether Crown's inadvertent failure to disclose relevant material violated accused's right to disclosure — If right to disclosure violated, appropriate test for determining whether constitutional right to make full answer and defence impaired — Effect to be given to defence counsel's lack of due diligence.

Toronto College Park Ltd. v. Canada 183

Income tax — Calculation of income — Rental income — Deductions — Tenant inducement payments (TIPs) — Business requirements necessitating TIPs to be made in one year — Whether TIPs deductible as running expense in that year or whether TIPs to be amortized over term of lease — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 18(1), (9).

SOMMAIRE (Suite)

taire? — La saisine de l'exécuteur testamentaire s'étend-elle aux fruits et revenus générés après la mort du testateur? — Code civil du Bas Canada, art. 409, 891, 918.

Droit fiscal — Succession — Légataire universel — Disposition fiscale prévoyant que le revenu d'une succession doit être inclus dans le calcul du revenu imposable d'une personne qui avait le droit d'en exiger le paiement lors de l'année d'imposition — À quel moment cette personne a-t-elle le droit d'en exiger le paiement? — Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 652, 663 — Code civil du Bas Canada, art. 891, 918.

Ikea Ltd. c. Canada 196

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Réception d'un paiement d'incitation à la location («PIL») — Le PIL doit-il être considéré comme un revenu ou comme une rentrée de capital? — S'il s'agit d'un revenu, doit-il être inclus en entier dans les revenus de l'année où il a été reçu ou être amorti sur la durée du bail? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1) — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 12(1)(x).

R. c. Bisson 306

Droit criminel — Directives au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il donné une directive erronée au jury sur le sens de l'expression «hors de tout doute raisonnable» en la comparant au degré de certitude qu'on utilise dans les décisions de tous les jours? — Dans l'affirmative, la tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée?

R. c. Dixon 244

R. c. McQuaid 285

R. c. Robart 279

R. c. Smith 291

R. c. Skinner 298

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Obligation de divulguer — Accusé déclaré coupable de voies de fait graves — Omission du ministère public de divulguer les déclarations de quatre personnes — Résumé des déclarations contenu dans les rapports de police remis à l'avocate de la défense au procès — Critère à utiliser pour déterminer si l'omission par inadvertance du ministère public de communiquer des documents pertinents a violé le droit de l'accusé à la divulgation — En cas de violation du droit à la divulgation, critère à utiliser pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par la Constitution — Importance à accorder au manque de diligence raisonnable d'un avocat de la défense.

Toronto College Park Ltd. c. Canada 183

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu de location — Déductions — Paiements d'incitation à la location (PIL) — Impératifs commerciaux entraînant le versement de PIL au

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

cours d'une année — Les PIL sont-ils déductibles comme dépenses courantes au cours de l'année en question ou doivent-ils être amortis sur la durée du bail? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1), 18(1), (9).

Canderel Limited *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: CANDEREL LTD. v. CANADA

File No.: 24663.

1997: December 2; 1998: February 12.

Present: Gonthier, Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Calculation of income — Rental income — Deductions — Tenant inducement payments (TIPs) — Business requirements necessitating TIPs to be made in one year — Whether TIPs deductible as running expense in that year or whether TIPs to be amortized over term of lease — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 18(1), (9).

Canderel, a developer of commercial real estate, deducted from its income for the 1986 taxation year tenant inducement payments (TIPs) totalling just over \$4 million. The TIPs had been made in response to a pressing need to attract tenants in an increasingly competitive rental market, a need which was intensified by certain conditions imposed upon the financing of the rental project. For financial accounting purposes, Canderel treated the TIPs as capitalized, but opted to deduct the entire amount from taxable income in 1986, the year in which they were paid. The deduction was disallowed by the Minister of National Revenue (the "Minister") in a reassessment and Canderel appealed to the Tax Court of Canada. The Tax Court allowed the appeal, but this decision was overturned on further appeal by the Minister to the Federal Court of Appeal. At issue on this appeal was whether the TIPs were deductible from income entirely in the year in which they were incurred or whether the Minister of National Revenue was entitled to insist that they be amortized over the terms of the leases to which they related. To answer this question, it was first necessary to examine the fundamental principles of profit computation under the *Income Tax Act*.

Held: The appeal should be allowed.

Canderel Limitée *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: CANDEREL LTÉE c. CANADA

N° du greffe: 24663.

1997: 2 décembre; 1998: 12 février.

Présents: Les juges Gonthier, Cory, Iacobucci, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu de location — Déductions — Paiements d'incitation à la location (PIL) — Des impératifs commerciaux ont entraîné le versement de PIL au cours d'une année — Les PIL sont-ils déductibles à titre de dépenses courantes au cours de cette année ou doivent-ils être amortis sur la durée du bail? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1), 18(1), (9).

Canderel, qui s'occupe de mise en valeur d'immeubles commerciaux, a déduit de son revenu pour l'année d'imposition 1986 des paiements d'incitation à la location (PIL) totalisant un peu plus de 4 millions de dollars. Les PIL avaient été effectués pour faire face au besoin urgent d'attirer des locataires dans un marché locatif où la concurrence était croissante, besoin exacerbé par certaines conditions relatives au financement du projet de location. À des fins de comptabilité générale, Canderel a traité les PIL comme des sommes capitalisées, mais a choisi de les déduire en entier de son revenu imposable en 1986, année où ils ont été effectués. Le ministre du Revenu national (le «ministre») a refusé la déduction dans une nouvelle cotisation, et Canderel a interjeté appel à la Cour canadienne de l'impôt. Celle-ci a accueilli l'appel, mais sa décision a été infirmée par la Cour d'appel fédérale par suite de l'appel formé contre ce jugement par le ministre. Dans le présent pourvoi, il s'agissait de déterminer si les PIL pouvaient être déduits entièrement du revenu dans l'année où ils avaient été effectués ou si le ministre du Revenu national avait le droit d'insister pour qu'ils soient amortis sur la durée des baux auxquels ils se rapportaient. Pour répondre à cette question, il a d'abord fallu examiner les principes fondamentaux du calcul du bénéfice en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

The determination of profit is a question of law. The profit of a business for a taxation year is to be determined by setting against the revenues from the business for that year the expenses incurred in earning said income. In seeking to ascertain profit, the goal is to obtain an accurate picture of the taxpayer's profit for the given year. In ascertaining profit, the taxpayer is free to adopt any method which is not inconsistent with: (a) the provisions of the *Income Tax Act*; (b) established case law principles or "rules of law"; and (c) well-accepted business principles. Well-accepted business principles, which include but are not limited to the formal codification found in generally accepted accounting principles (GAAP), are not rules of law but interpretive aids. They are non-legal tools, external to the legal determination of profit, whereas the provisions of the Act and other established rules of law form its very foundation. To the extent that well-accepted business principles may influence the calculation of income, they will do so only on a case-by-case basis, depending on the facts of the taxpayer's financial situation, and only for the purpose of achieving an accurate picture of profit. It is not for the court to decide that one such principle is paramount, or applicable to the subordination of all others, by deeming it a rule of law. That is exclusively within the province of Parliament.

On reassessment, once the taxpayer has shown that he has provided an accurate picture of income for the year which is consistent with the Act, the case law, and well-accepted business principles, the onus shifts to the Minister to show either that the figure provided does not represent an accurate picture, or that another method of computation would provide a more accurate picture. If neither of these is established, then the Minister is not entitled to insist that one method be employed over another, equally supported method.

Canderel's method of income calculation provided an accurate picture of its income for the year in question. It was not inconsistent with any provision of the *Income Tax Act* or other rule of law. The accounting evidence disclosed that GAAP, at the time of the payments, allowed for various alternative and acceptable methods of accounting for TIPs and endorsed the options contended for by both parties. No specific conclusion could be drawn as to which method was preferable in terms of

La détermination du bénéfice est une question de droit. Le bénéfice tiré d'une entreprise pour une année d'imposition est déterminé en déduisant des revenus tirés de l'entreprise pour l'année en question les dépenses engagées pour gagner ces revenus. Dans la détermination du bénéfice, l'objectif est d'obtenir une image fidèle du bénéfice du contribuable pour l'année visée. Dans la détermination du bénéfice, le contribuable est libre d'adopter toute méthode qui n'est pas incompatible avec: a) les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; b) les principes dégagés de la jurisprudence ou les «règles de droit» établis; c) les principes commerciaux reconnus. Les principes commerciaux reconnus, notamment ceux codifiés formellement dans les principes comptables généralement reconnus (PCGR), ne sont pas des règles de droit mais des outils d'interprétation. Il s'agit d'outils non juridiques, extrinsèques à la détermination du bénéfice en droit, alors que les dispositions de la Loi et les autres règles de droit établies constituent la base même de cette notion. Dans la mesure où les principes commerciaux reconnus peuvent influencer le calcul du revenu, ils ne le feront qu'au cas par cas, selon les faits relatifs à la situation financière du contribuable et uniquement dans le but d'obtenir une image fidèle du bénéfice. Il n'appartient pas aux tribunaux de décider qu'un tel principe prédomine ou s'applique de manière telle que l'application de tous les autres est subordonnée à la sienne, en présumant qu'il constitue une règle de droit. Ce pouvoir relève exclusivement de la compétence du législateur.

En cas de nouvelle cotisation, une fois que le contribuable a prouvé qu'il a donné une image fidèle de son revenu pour l'année, image compatible avec la Loi, la jurisprudence et les principes commerciaux reconnus, il incombe alors au ministre de prouver que le chiffre fourni ne donne pas une image fidèle ou qu'une autre méthode de calcul fournirait une image plus fidèle. Si aucun de ces faits n'est établi, le ministre n'a pas le droit d'insister pour qu'une méthode soit employée de préférence à une autre méthode bénéficiant d'un appui égal.

La méthode de calcul du revenu choisie par Canderel donnait une image fidèle de son revenu pour l'année en question. Elle n'était pas incompatible avec quelque disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou autre règle de droit. La preuve comptable a révélé que, au moment où les paiements ont été faits, les PCGR permettaient le recours à diverses autres méthodes acceptables de comptabilisation des PIL et acceptaient les solutions proposées par les deux parties. Aucune conclusion pré-

yielding the more accurate picture of Canderel's income.

The payments were found at trial to have yielded some benefits, including the generating of rental revenues, that would be realized over a period of years, and others, such as the satisfaction of interim financing requirements, that were immediately realized in the year the payments were made. No specific legal formula, however, exists for apportioning the expenses among the various benefits and such a device would have to be created by statute. The fact that the payments were amortized for financial accounting purposes does not mean that they must be similarly amortized for taxation purposes because the two portrayals of profit are substantially different in nature and purpose.

In this case, it could not be concluded that to amortize the TIPs over the respective terms of the leases to which they related would have provided a more accurate picture of income than their immediate deduction in the year paid. Where no one method emerges as clearly superior or more properly applicable than another, the taxpayer should retain the option of ordering its affairs in accordance with any method which is in accordance with well-accepted business principles and which is acceptable in light of the reality of its business. Once the taxpayer has established that the method adopted gives an accurate picture of its income, the Minister bears the onus of proving that the method adopted by the taxpayer is inappropriate in the particular circumstances of each case. The Minister did not discharge this burden here.

The TIPs were not principally referable to any particular items of income. Since they qualified as running expenses, to which the matching principle does not apply, they could be deducted entirely in the year in which they were incurred and therefore did not need to be amortized over the terms of the leases which they induced.

Cases Cited

Considered: *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *West Kootenay Power and Light Co. v. Canada*, [1992] 1 F.C. 732; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; **referred to:** *Toronto College Park Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 183, and at trial (1993), 94 D.T.C.

cise ne pouvait être tirée relativement à l'identité de la méthode qui serait préférable en ce qu'elle donnerait l'image la plus fidèle du revenu de Canderel.

Au procès, on a conclu que les paiements apportaient certains avantages — par exemple la production de revenus de location — qui se concrétiseraient sur un certain nombre d'années, et d'autres — comme le respect des conditions du financement provisoire — avantages obtenus immédiatement dans l'année où les paiements ont été effectués. Toutefois, il n'existe pas de formule juridique particulière pour l'imputation des dépenses aux divers avantages, et tout outil de ce genre devrait être créé par une loi. Le fait que les paiements aient été amortis à des fins de comptabilité générale ne signifie pas qu'ils doivent également l'être aux fins de l'impôt, car les deux façons de présenter le bénéfice sont substantiellement différentes tant de par leur nature que de par leur objet.

Dans le présent pourvoi, il était impossible de conclure que l'amortissement des PIL sur la durée des divers baux auxquels ils se rapportaient aurait donné une image plus fidèle du revenu que ne le faisait le fait de déduire les paiements immédiatement dans l'année où ils ont été effectués. Quand aucune méthode ne se révèle clairement supérieure ou plus nettement applicable qu'une autre, le contribuable devrait conserver la faculté d'organiser ses affaires conformément à toute méthode compatible avec les principes commerciaux reconnus et acceptable compte tenu des réalités de son entreprise. Une fois que le contribuable a établi que la méthode retenue donne une image fidèle de son revenu, il incombe alors au ministre de prouver que cette méthode est inappropriée dans les circonstances particulières du cas en question. En l'espèce, le ministre ne s'est pas acquitté de cette obligation.

Les PIL n'étaient pas rattachables principalement à aucun poste de revenu particulier. Comme ils étaient admissibles à titre de dépenses courantes auxquelles le principe du rattachement ne s'applique pas, ils pouvaient être déduits en entier dans l'année où ils avaient été effectués et n'avaient donc pas besoin d'être amortis sur la durée des baux dont ils avaient entraîné la signature.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *West Kootenay Power and Light Co. c. Canada*, [1992] 1 C.F. 732; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés:** *Toronto College Park Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 183, et en première instance

6172; *Ikea Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 196; *Vallambrosa Rubber Co. v. Farmer* (1910), 5 T.C. 529; *Naval Colliery Co. v. Commissioners of Inland Revenue* (1928), 12 T.C. 1017; *Oxford Shopping Centres Ltd. v. The Queen*, 79 D.T.C. 5458; *Cummings v. The Queen*, 81 D.T.C. 5207; *Neonex International Ltd. v. The Queen*, 78 D.T.C. 6339; *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175; *M.N.R. v. Tower Investment Inc.*, [1972] F.C. 454; *Maritime Telegraph and Telephone Co. v. The Queen*, 92 D.T.C. 6191; *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285; *Commissioners of Inland Revenue v. Gardner Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* (1947), 29 T.C. 69; *M.N.R. v. Irwin*, [1964] S.C.R. 662; *Associated Investors of Canada Ltd. v. M.N.R.*, [1967] 2 Ex. C.R. 96; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *M.N.R. v. Canadian Glassine Co.*, [1976] 2 F.C. 517; *Johnston v. M.N.R.*, [1948] S.C.R. 486.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 18(1)(a), (9) [ad. 1980-81-82-83, c. 48, s. 9], (a) [ad. *idem*], (b) [ad. *idem*].

Authors Cited

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.

McDonnell, T. E. "Running Headlong into the GAAP (Again)" (1995), 43 *Can. Tax J.* 738.

Thomas, Richard B. "The Matching Principle: Legal Principle or a Concept?" (1996), 44 *Can. Tax J.* 1693.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal [1995] 2 F.C. 232, 95 D.T.C. 5101, [1995] 2 C.T.C. 22, 179 N.R. 134, [1995] F.C.J. No. 221 (QL), allowing an appeal from a judgment of Brulé J., 94 D.T.C. 1133, [1994] 1 C.T.C. 2336, [1994] T.C.J. No. 7 (QL). Appeal allowed.

Guy Du Pont and *Samuel Minzberg*, for the appellant.

Roger Taylor and *J. S. Gill*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

(1993), 94 D.T.C. 6172; *Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196; *Vallambrosa Rubber Co. c. Farmer* (1910), 5 T.C. 529; *Naval Colliery Co. c. Commissioners of Inland Revenue* (1928), 12 T.C. 1017; *Oxford Shopping Centres Ltd. c. La Reine*, 79 D.T.C. 5458; *Cummings c. La Reine*, 81 D.T.C. 5207; *Neonex International Ltd. c. La Reine*, 78 D.T.C. 6339; *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175; *M.R.N. c. Tower Investment Inc.*, [1972] C.F. 454; *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. La Reine*, 92 D.T.C. 6191; *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285; *Commissioners of Inland Revenue c. Gardner Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.* (1947), 29 T.C. 69; *M.N.R. c. Irwin*, [1964] R.C.S. 662; *Associated Investors of Canada Ltd. c. M.N.R.*, [1967] 2 R.C. de l'É. 96; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *M.R.N. c. Canadian Glassine Co.*, [1976] 2 C.F. 517; *Johnston c. M.N.R.*, [1948] R.C.S. 486.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1), 18(1)a), (9) [aj. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 9], a) [aj. *idem*], b) [aj. *idem*].

Doctrine citée

Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.

McDonnell, T. E. «Running Headlong into the GAAP (Again)» (1995), 43 *Can. Tax J.* 738.

Thomas, Richard B. «The Matching Principle: Legal Principle or a Concept?» (1996), 44 *Can. Tax J.* 1693.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1995] 2 C.F. 232, 95 D.T.C. 5101, [1995] 2 C.T.C. 22, 179 N.R. 134, [1995] A.C.F. n° 221 (QL) qui a accueilli l'appel formé contre le jugement du juge Brulé, 94 D.T.C. 1133, [1994] 1 C.T.C. 2336, [1994] A.C.I. n° 7 (QL). Pourvoi accueilli.

Guy Du Pont et *Samuel Minzberg*, pour l'appelante.

Roger Taylor et *J. S. Gill*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

IACOBUCCI J. — In a narrow sense, this appeal raises one issue: how is a taxpayer to treat a payment made to a prospective tenant for the purpose of inducing that tenant to lease space in the taxpayer's premises? More specifically, is the expenditure, commonly referred to as a tenant inducement payment ("TIP"), to be deducted from income entirely in the year in which it was made, or is it to be amortized over the term of the lease to which it relates?

More broadly, however, this Court is required to revisit the fundamental concept of profit computation for income tax purposes. The appeal raises serious questions about the ability of the taxpayer to calculate his or her income in accordance with well-accepted principles of business practice and with the provisions of the *Income Tax Act*, as interpreted by the courts. In the absence of statutory provisions or overriding legal principles to the contrary, is the Minister of National Revenue entitled to insist on a particular method of profit computation? Put another way, what is the analytical framework within which taxpayers can compute, and the Minister can dispute, profit?

This appeal was heard along with the appeals in *Toronto College Park Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 183, and *Ikea Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 196, reasons for which are being released simultaneously herewith.

I. Facts

The following summary of facts is taken substantially from the comprehensive factual summary of the trial judge, Brulé J., in the Tax Court of Canada.

In 1984, the appellant, Canderel Limited ("Canderel"), a company engaged in the development and management of commercial real estate, entered into an agreement with Mount-Batten Properties Limited to develop a commercial office development which eventually became Churchill

LE JUGE IACOBUCCI — Dans un sens restreint, le présent pourvoi soulève une seule question: comment un contribuable doit-il traiter un paiement versé à un locataire éventuel dans le but de l'inciter à louer des locaux dans son immeuble? Plus précisément, une telle dépense, communément appelée paiement d'incitation à la location («PIL»), doit-elle être déduite en entier dans l'année où elle a été effectuée ou être amortie sur la durée du bail auquel elle se rapporte?

De façon plus générale, toutefois, on demande à la Cour de revoir la notion fondamentale de calcul du bénéfice aux fins de l'impôt sur le revenu. Le pourvoi soulève d'importantes questions au sujet de la capacité d'un contribuable de calculer son revenu conformément aux principes bien reconnus de la pratique des affaires et aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, suivant l'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux. En l'absence de dispositions législatives ou de principes juridiques dominants à l'effet contraire, le ministre du Revenu national a-t-il le droit d'insister sur l'application d'une méthode particulière de calcul du bénéfice? Autrement dit, quel est le cadre d'analyse au moyen duquel les contribuables peuvent calculer — et le ministre peut contester — le bénéfice?

Le présent pourvoi a été entendu en même temps que ceux interjetés dans les affaires *Toronto College Park Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 183, et *Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196, dont les motifs sont déposés en même temps que ceux-ci.

I. Les faits

Le résumé suivant des faits provient en grande partie de l'exposé qu'en a fait, en première instance, le juge Brulé de la Cour canadienne de l'impôt.

En 1984, l'appelante, Canderel Limitée («Canderel»), société s'occupant de mise en valeur et de gestion de biens immeubles commerciaux, a conclu avec Mount-Batten Properties Limited une entente relative à l'aménagement d'un immeuble à bureaux commerciaux, devenu plus tard le Chur-

Office Park (“COP”). The development was to be located in west-end Ottawa, where rental rates were generally around 30 percent lower than in downtown Ottawa. The project was part of a general business strategy in the area to provide private sector buildings and thereby centralize an area of business outside the downtown core. It was anticipated that lower rents and property taxes would attract tenants from downtown.

6 The duties assumed by Canderel in connection with the development of the project were wide-ranging, and included marketing, advertising, and negotiation of leases (subject to written approval and execution by the owners), among other things. Part of Canderel’s development fee was contingent upon 90 percent leasing. A separate agreement provided for Canderel to serve as property manager as well, and among its managerial duties was the ongoing negotiation and renewal of leases.

7 The projects in which Canderel participated were generally financed with mortgages to minimize equity requirements. Because the co-venturers did not supplement the cash flow of less successful projects, each project was required to succeed on its own merits and consequently, an early positive cash flow was imperative. The key to the success of a project, therefore, was leasing velocity. COP was no exception to this rule.

8 In a document entitled “Executive Summary of Carling Churchill Project”, dated January 18, 1984, prepared by Canderel and used to create and administer a construction budget by allocating projected expenses and costs, a “downside” view of capitalized losses by velocity of lease-up was projected. A total capitalized loss of \$2,034,604 for the first two years was projected, and an allowance for this loss was accordingly made. The estimated time for the project to break even was in the ninth to tenth month of the second year.

chill Office Park («COP»). Cet immeuble devait être situé dans l’ouest d’Ottawa, où les tarifs de location étaient généralement inférieurs d’environ 30 pour 100 à ceux exigés au centre-ville d’Ottawa. Ce projet s’inscrivait dans le cadre d’une stratégie commerciale globale pour la région, qui visait à aménager des immeubles destinés au secteur privé et ainsi à centraliser une zone commerciale hors du cœur du centre-ville. On prévoyait que les taxes foncières et les loyers moins élevés attireraient des locataires du centre-ville.

Les tâches de Canderel dans le cadre de ce projet d’aménagement étaient variées et comprenaient la mise en marché, la publicité et la négociation des baux (sous réserve de leur approbation par écrit et de leur signature par les propriétaires). Le paiement d’une partie des honoraires de mise en valeur de Canderel était subordonné à la condition que l’immeuble soit loué à 90 pour 100. Une entente distincte prévoyait que Canderel agirait également à titre de gestionnaire immobilier et aurait notamment pour tâche, à ce titre, de négocier les baux et leur renouvellement.

Les projets auxquels Canderel participait étaient généralement financés au moyen d’hypothèques, afin de réduire au minimum les besoins d’apports de capitaux. Comme les coentrepreneurs ne complétaient pas les rentrées de fonds des projets infructueux, il fallait que chaque projet réussisse par lui-même et, par conséquent, il était impératif d’obtenir rapidement des rentrées de fonds nettes. La clé de la réussite d’un projet était donc la rapidité avec laquelle des baux pouvaient être conclus. Le COP ne faisait pas exception à la règle.

Dans un document intitulé [TRADUCTION] «Sommaire du projet Carling Churchill» et daté du 18 janvier 1984, qui avait été préparé par Canderel et avait servi à établir et à administrer un budget de construction par répartition des dépenses projetées, on projetait une «baisse» des pertes capitalisées grâce à la conclusion rapide de baux. On prévoyait une perte capitalisée totale de 2 034 604 \$ pour les deux premières années, et on a donc constitué une provision pour y faire face. Selon les estimations, le projet atteindrait le seuil de rentabilité au neuvième ou dixième mois de la deuxième année.

For the development stage of the project, short-term "bridge financing" was arranged in the form of what essentially amounted to a demand loan. Jonathan Wener, the sole owner of Canderel, estimated that once the building was 75 percent to 85 percent leased, permanent financing would be obtainable, but testified at trial that if it had taken more than three years to obtain permanent financing, the co-venture would have risked seizure of the debt.

When construction of COP was commenced, there were no commitments to lease, owing to an aberration in the Ottawa market whereby prospective tenants generally required substantial completion before leasing. However, market surveys conducted by Royal LePage and verified by Canderel indicated that there was only a 1.67 percent vacancy in downtown Ottawa of the class of space offered by COP for the 1983 market, and a 3.42 percent vacancy in 1982. The short supply of space in the downtown area at the time construction commenced led Canderel to anticipate that the project would reach its break-even point by the time it opened. However, throughout construction and at completion, the amount of space available downtown was rising. Six to eight months into construction, Canderel realized that there were problems with the market: by 1984, the vacancy rate had risen to 11.2 percent and continued to rise, reaching 14 percent in 1986. When COP opened in June, 1985, only 2.3 percent of the building was leased. Several new office developments, both downtown and in the west end, created intense competition for tenants, and the absorption by the west end of downtown clients therefore came later than Canderel had initially expected.

Pour l'étape de la mise en valeur, un «financement provisoire» à court terme a été obtenu sous une forme équivalant essentiellement à un prêt remboursable sur demande. Selon Jonathan Wener, l'unique propriétaire de Canderel, quand l'immeuble serait loué dans une proportion de 75 à 85 pour 100, il serait possible d'obtenir du financement permanent, mais au procès il a témoigné que, s'il avait fallu plus de trois ans pour obtenir ce financement, la coentreprise aurait couru le risque que l'on saisisse la créance.

Lorsque la construction du COP a commencé, en raison d'une aberration au sein du marché d'Ottawa, où les locataires éventuels exigeaient en général que les travaux soient considérablement avancés avant de conclure un bail, aucun engagement de prise à bail n'avait encore été obtenu. Cependant, selon des études de marché effectuées par Royal LePage et confirmées par Canderel, le taux d'inoccupation au centre-ville d'Ottawa de la catégorie de locaux offerts par le COP s'élevait à seulement 1,67 pour 100 en 1983 et 3,42 pour 100 en 1982. La faible disponibilité de locaux pour bureaux au moment où les travaux de construction ont commencé au centre-ville a amené Canderel à prévoir que le projet atteindrait son seuil de rentabilité lorsque l'immeuble ouvrirait ses portes. Toutefois, pendant toute la durée des travaux de construction et une fois ceux-ci complétés, la disponibilité de locaux pour bureaux au centre-ville n'a cessé d'augmenter. Six à huit mois après le début des travaux de construction, Canderel s'est rendu compte que le marché connaissait des difficultés: en 1984, le taux d'inoccupation avait grimpé à 11,2 pour 100 et cette hausse s'est poursuivie pour atteindre 14 pour 100 en 1986. Quand le COP a ouvert en juin 1985, seuls 2,3 pour 100 des locaux de l'immeuble étaient loués. Plusieurs nouveaux projets d'immeuble à bureaux, tant au centre-ville que dans l'ouest d'Ottawa, ont créé une vive concurrence en vue de l'obtention de locataires, et l'absorption de clients du centre-ville dans l'ouest est donc survenue plus tard que l'appelante l'avait prévue initialement.

11 In response to these developments, and to its intense need to attract tenants to its new complex, Canderel decided to reallocate budgeted losses to tenant inducement payments. A leasing blitz was commenced, and whereas about \$2 million had initially been allocated to TIPs, just over \$4 million was in fact paid out in the end. This tactic proved successful, because by the end of June, 1986, COP was 59 percent leased, and by June, 1987, it was 85 percent leased. Had Canderel failed to secure tenants at project completion or shortly thereafter, several adverse consequences could have occurred with respect to the interim financing provided by the Toronto Dominion Bank. The operating and financing costs of approximately \$2.9 million might have had to be borne entirely by the joint venturers, permanent financing would not likely have been obtained, and the project could have become known as not having gained market acceptance, which would have reduced the likelihood of attracting stable tenants. Instead, on June 17, 1989, the project received a permanent financing commitment from Sunlife of Canada.

12 In the auditor's report of January, 1986, an operating loss of \$1,219,000 was shown, reflecting in part the treatment of the TIPs as capitalized. By 1986, \$4 million had been capitalized and amortized, and income before amortization was minus \$800,000. For income tax purposes, however, Canderel adopted a different approach, opting to deduct the TIPs from income entirely in 1986, the year in which they were paid. The deduction was disallowed by the Minister of National Revenue (the "Minister") in a reassessment, and Canderel appealed to the Tax Court of Canada. The Tax Court allowed the appeal, but this decision was overturned on further appeal by the Minister to the Federal Court of Appeal.

Pour faire face à ces projets concurrents et à la nécessité accrue d'attirer des locataires dans son nouvel immeuble, Canderel a décidé de réaffecter à des paiements d'incitation à la location certaines pertes budgétisées. Une campagne intensive de location a été lancée et, même si une somme d'environ 2 millions de dollars avait été affectée initialement aux PIL, un peu plus de 4 millions de dollars ont dans les faits été versés en bout de ligne. Cette tactique a porté fruit puisque, à la fin de juin 1986, le COP était loué à 59 pour 100 et, en juin 1987, à 85 pour 100. Si Canderel n'avait pas trouvé de locataires à la fin des travaux de construction ou peu de temps après, cette situation aurait entraîné plusieurs conséquences défavorables en ce qui a trait au financement provisoire accordé par la Banque Toronto Dominion. Les frais d'exploitation et de financement, d'un montant approximatif de 2,9 millions de dollars, auraient pu devoir être entièrement supportés par les coentrepreneurs, il n'aurait probablement pas été possible d'obtenir du financement permanent, le projet aurait pu être connu comme projet impopulaire sur le marché, ce qui aurait diminué les chances d'attirer des locataires solvables et stables. Au lieu de cela, le 17 juin 1986, le projet a obtenu de la Sunlife du Canada un engagement de financement permanent.

Le rapport du vérificateur, daté de janvier 1986, fait état d'une perte d'exploitation de 1 219 000 \$, ce qui indique en partie le fait que les PIL ont été traités comme des sommes capitalisées. En 1986, une somme de 4 millions de dollars avait été capitalisée et amortie, et le revenu avant amortissement s'établissait à moins 800 000 \$. Toutefois, aux fins de l'impôt sur le revenu, Canderel a adopté une méthode différente et a choisi de déduire entièrement les PIL du revenu en 1986, année où ils ont été effectués. Le ministre du Revenu national (le «ministre») a refusé la déduction dans une nouvelle cotisation, et Canderel a interjeté appel à la Cour canadienne de l'impôt. Celle-ci a accueilli l'appel, mais sa décision a été infirmée par la Cour d'appel fédérale par suite de l'appel formé contre ce jugement par le ministre.

II. Relevant Statutory Provisions

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 (now R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.))

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

. . .

(9) Notwithstanding any other provision of this Act,

(a) in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property (other than income from a business computed in accordance with the method authorized by subsection 28(1)), no deduction shall be made in respect of an outlay or expense to the extent that it can reasonably be regarded as having been made or incurred

(i) as consideration for services to be rendered after the end of the year,

(ii) as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of, interest, taxes . . . , rent or royalty in respect of a period after the end of the year, or

(iii) as consideration for insurance in respect of a period after the end of the year . . . ;

(b) such portion of each outlay or expense made or incurred as would, but for paragraph (a), have been deductible in computing a taxpayer's income for a taxation year shall be deductible in computing his income for the subsequent year to which it can reasonably be considered to relate. . .

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.))

9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

. . .

(9) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi,

a) dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition tiré d'une entreprise ou d'un bien (à l'exclusion du revenu tiré d'une entreprise calculé selon la méthode permise par le paragraphe 28(1)), il n'est accordé aucune déduction au titre d'un débours ou d'une dépense dans la mesure où ils peuvent raisonnablement être considérés comme faits ou engagés

(i) en contrepartie de services à être rendus après la fin de l'année,

(ii) à l'égard, au titre ou en paiement intégral ou partiel d'intérêts, d'impôts ou taxes [. . .], de loyer ou de redevances visant une période postérieure à la fin de l'année, ou

(iii) en contrepartie d'assurance visant une période postérieure à la fin de l'année . . . ;

b) la fraction de chaque débours ou dépense faits ou engagés qui, sans l'alinéa a), aurait été déductible lors du calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, est déductible lors du calcul de son revenu pour l'année postérieure à laquelle elle peut raisonnablement se rapporter . . .

III. Judicial History

(1) *Tax Court of Canada (Brulé J.)*, 94 D.T.C. 1133

¹⁴ Brulé J. began by noting that it has generally been held that an expense is deductible although it may not give rise to any directly resulting income: *Vallambrosa Rubber Co. v. Farmer* (1910), 5 T.C. 529 (Ct. of Sess.). However, he recognized that the instant case turned not on deductibility itself but on the timing of the deduction, and found that this required a determination of whether the TIPs were running expenses and whether or not there should have been “matching” of the expense and revenue. He relied on *Naval Colliery Co. v. Commissioners of Inland Revenue* (1928), 12 T.C. 1017 (H.L.), and *Oxford Shopping Centres Ltd. v. The Queen*, 79 D.T.C. 5458 (F.C.T.D.), for the proposition that running expenses are those which cannot be linked directly to any corresponding items of revenue, and therefore are not matched to revenue but are deductible in full in the year incurred. That is, the “matching principle” of accounting does not apply to such expenses.

¹⁵ Relying on the case of *Cummings v. The Queen*, 81 D.T.C. 5207, and the interpretation thereof in the trial judgment in *Toronto College Park Ltd. v. Canada* (a companion case to the instant appeal), Brulé J. found that in certain cases, TIPs may be classified as running expenses, which in some cases may be deducted in the year of the expense. Further, he found that the matching principle had been held not to apply to such expenses. To Brulé J., these cases were determinative, such that the TIPs here at issue qualified as running expenses.

¹⁶ Brulé J. rejected the Minister’s argument that the TIPs were incurred for the purpose of earning income over the whole terms of the leases and therefore, to arrive at true profits, each lease should have the TIPs amortized over its terms. He noted that in support of this argument the Minister

III. L’historique procédurale

(1) *Cour canadienne de l’impôt (motifs du juge Brulé)*, 94 D.T.C. 1133

Le juge Brulé a commencé en soulignant que la déductibilité d’une dépense est généralement acceptée par les tribunaux même si elle ne se traduit pas par un revenu en découlant directement: *Vallambrosa Rubber Co. c. Farmer* (1910), 5 T.C. 529 (Ct. of Sess.). Cependant, il a reconnu que la présente affaire ne reposait pas sur la notion même de déductibilité mais plutôt sur le moment de la déduction, et il a estimé qu’il fallait d’abord décider si les PIL étaient des dépenses courantes et s’il aurait dû y avoir «rattachement» de la dépense au revenu. Il s’est appuyé sur les arrêts *Naval Colliery Co. c. Commissioners of Inland Revenue* (1928), 12 T.C. 1017 (H.L.), et *Oxford Shopping Centres Ltd. c. La Reine*, 79 D.T.C. 5458 (C.F. 1^{re} inst.), pour affirmer que les dépenses courantes sont des dépenses qui ne peuvent pas être liées directement à un poste de revenu correspondant et que ces dépenses ne sont donc pas rattachées au revenu mais sont néanmoins entièrement déductibles dans l’année où elles sont faites. En d’autres mots, le «principe [comptable] du rattachement» ne s’applique pas à de telles dépenses.

Se fondant sur l’arrêt *Cummings c. La Reine*, 81 D.T.C. 5207, et sur l’interprétation qui en a été donnée en première instance dans *Toronto College Park Ltd. c. Canada* (affaire connexe au présent pourvoi), le juge Brulé a conclu que dans certains cas les PIL peuvent être qualifiés de dépenses courantes, dépenses qui parfois peuvent être déduites dans l’année où elles sont faites. Il a de plus conclu qu’il avait été jugé que le principe du rattachement ne s’appliquait pas à de telles dépenses. Selon le juge Brulé, ces arrêts étaient déterminants et, en conséquence, les PIL en litige étaient admissibles comme dépenses courantes.

Le juge Brulé a rejeté l’argument du ministre selon lequel, comme les PIL ont été effectués dans le but de tirer un revenu sur l’ensemble de la durée des baux, il faut donc, pour déterminer les bénéfices réels, que les PIL soient amortis sur la durée de chaque bail. Il a souligné que, pour étayer cet

had relied on *Neonex International Ltd. v. The Queen*, 78 D.T.C. 6339 (F.C.), but that *Neonex* did not deal with a running expense situation and was therefore inapplicable. He relied in this regard (at p. 1141) on the judgment of this Court in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 733, where the words of Wilson J. in *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175, at p. 189, were interpreted as “rejecting both the need for a causal connection between a particular expenditure and a particular receipt, and the suggestion that a receipt must arise in the same year as an expenditure is incurred”.

In response to the Minister’s argument that matching should have been employed in this case because it gave a better picture of Canderel’s true income, Brulé J. observed that although accounting theory may be helpful in considering the appropriate treatment of income for tax purposes, it is not determinative. He agreed with the submission by Canderel, relying on *Oxford Shopping Centres*, *supra*, that even if the law in many cases seemed to require matching, the expenses in this case should be matched against current benefits, as was in fact done here, since the use of the matching principle in cases such as *M.N.R. v. Tower Investment Inc.*, [1972] F.C. 454 (T.D.), gave rise to no general principle of law.

Brulé J. found that the benefits generated by the TIPs for Canderel included (1) the prevention of a “hole in income” caused by maintaining a vacant building; (2) the satisfaction of its interim financing requirements and the ability to obtain permanent financing; (3) the ability to maintain its market position and reputation; and (4) the ability to earn revenues through rental, management, and development fees. Therefore, he concluded (at p. 1142) that “the expenses deducted by the Appellant were running expenses, that matching is not in this case the appropriate method for tax purposes, and that the Appellant should be allowed to adopt

argument, le ministre avait invoqué l’affaire *Neonex International Ltd. c. La Reine*, 78 D.T.C. 6339 (C.F.), mais que comme cette décision ne portait pas sur un cas de dépenses courantes elle était donc inapplicable. Le juge Brulé s’est fondé à cet égard (à la p. 1141) sur l’arrêt de notre Cour *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 733, où les propos tenus par le juge Wilson dans *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, à la p. 189, ont été interprétés comme ayant pour effet de «rejet[er] à la fois l’exigence d’un lien de causalité entre une dépense particulière et un revenu particulier et l’idée que le revenu devait être généré dans l’année où la dépense avait été engagée».

En réponse à l’argument du ministre voulant que le principe du rattachement aurait dû être appliqué en l’espèce parce qu’il donnait une image plus juste du revenu véritable de Canderel, le juge Brulé a fait remarquer que, même si un principe comptable peut être utile dans l’examen du traitement qu’il convient de faire d’un revenu aux fins de l’impôt, un tel principe n’est pas déterminant. Il a souscrit à l’argument de Canderel, fondé sur l’arrêt *Oxford Shopping Centres*, précité, voulant que, même si dans bien des cas le droit semblait exiger le rattachement, en l’espèce les dépenses devraient être rattachées aux bénéficiaires courants, ce qui a effectivement été fait ici, étant donné que le recours au principe du rattachement dans des affaires comme *M.R.N. c. Tower Investment Inc.*, [1972] C.F. 454 (1^{re} inst.), n’a donné naissance à aucun principe général de droit.

Le juge Brulé a statué que, parmi les avantages que comportaient les PIL pour Canderel, il fallait mentionner: (1) la prévention du «trou dans le revenu» qu’occasionnerait le maintien d’un immeuble vacant; (2) le respect des exigences de son financement provisoire et l’obtention d’un financement permanent; (3) la capacité de préserver sa position sur le marché ainsi que sa réputation; (4) la capacité de gagner des revenus au moyen de loyers et d’honoraires de gestion et d’aménagement. En conséquence, Il a conclu, à la p. 1142, que «les dépenses déduites par l’appelante étaient des dépenses courantes, que la méthode du

17

18

the expensing method”. Noting also that “there is no requirement under the law for consistency in accounting methods between financial statements and income tax calculation”, Brulé J. allowed the appeal and referred the matter back to the Minister for reconsideration and reassessment in accordance with the law as set out in his reasons.

(2) *Federal Court of Appeal*, [1995] 2 F.C. 232

(a) Reasons of Stone J.A., for the majority

19 Stone J.A. began by asserting at p. 236 that “the matching principle of accounting has, at least in this Court, been elevated to the status of a legal principle”. He found support for this position in the Court’s decision in *West Kootenay Power and Light Co. v. Canada*, [1992] 1 F.C. 732 (C.A.), where MacGuigan J.A. stated at p. 745:

The approved principle is that whichever method presents the “truer picture” of a taxpayer’s revenue, which more fairly and accurately portrays income, and which “matches” revenue and expenditure, if one method does, is the one that must be followed.

While acknowledging that *West Kootenay* was concerned with the time in which to report earned but unbilled income, Stone J.A. saw no reason to limit its application to that scenario and found that it should also apply when the issue is whether a taxpayer is required to match expenditures against revenue in computing profit for tax purposes.

20 Stone J.A. agreed with the trial judge that “running expenses” need not be matched with corresponding items of revenue for tax purposes, but found that the TIPS here at issue did not fit the classical description of “running expenses” in *Naval Colliery, supra*. He recognized, at pp. 237-38, that it could be argued that the TIPS were “in the nature of running expenses on the basis that they represented a cost of doing business in the

rapprochement ne s’appliquait pas en l’espèce pour des fins fiscales et que l’appelante devrait être autorisée à utiliser la méthode de la passation par pertes et profits». Soulignant également que «le droit n’exige pas que l’on recoure aux mêmes méthodes comptables pour les états financiers que pour le calcul de l’impôt sur le revenu», le juge Brulé a accueilli l’appel et renvoyé l’affaire au ministre pour réexamen et nouvelle cotisation conformément au droit exposé dans ses motifs.

(2) *Cour d’appel fédérale*, [1995] 2 C.F. 232

a) Les motifs du juge Stone, au nom de la majorité

Le juge Stone a d’abord affirmé, à la p. 236, que «le principe comptable du rattachement a été élevé, du moins par la Cour [d’appel fédérale], au statut de principe juridique». Au soutien de cette affirmation, il a fait état de l’arrêt *West Kootenay Power and Light Co. c. Canada*, [1992] 1 C.F. 732 (C.A.), où le juge MacGuigan a déclaré ceci, à la p. 745:

... la méthode applicable est celle qui donne l’image la plus fidèle du revenu du contribuable, qui le représente le plus fidèlement et proprement et qui permet le meilleur «rattachement» des charges et des produits.

Tout en reconnaissant que l’arrêt *West Kootenay* concernait la question du moment où il fallait déclarer un revenu gagné mais non facturé, le juge Stone n’a vu aucune raison de limiter l’application de cet arrêt à ce scénario et il a conclu qu’il devrait également s’appliquer lorsque la question qui se pose consiste à déterminer si un contribuable est tenu de rattacher des dépenses à un revenu dans le calcul du bénéfice aux fins de l’impôt.

Le juge Stone a dit être d’accord avec le juge de première instance qu’il n’est pas nécessaire aux fins de l’impôt de rattacher des «dépenses courantes» à des postes de revenu correspondants, mais il a conclu que les PIL en cause ne correspondaient pas à la description classique des «dépenses courantes» donnée dans l’arrêt *Naval Colliery*, précité. Il a reconnu, à la p. 238, qu’il était possible de soutenir que les PIL étaient «des dépenses cou-

1986 taxation year and also that [Canderel] would likely have faced significant financial disadvantages if they had not been laid out and did achieve significant financial advantages by laying them out". However, he found that the expenditures were not incurred in earning income solely in 1986, but in all of the years during which the leases were to run.

Moreover, Stone J.A. found that the present case was not analogous to *Oxford Shopping Centres, supra*, as in that case it was not possible to match the expenses with particular items of revenue. While acknowledging that in *Cummings, supra*, Heald J.A. was prepared in *obiter* to characterize lease pick-up expenses as running expenses, Stone J.A. was of the opinion that this too assumed that the expenses in question could not be allocated directly to corresponding revenue. In the present case, because the TIPs could be matched with revenue from the respective leases in accordance with the matching principle, and were in fact so matched for accounting purposes, Stone J.A. (Robertson J.A. concurring) would have allowed the appeal.

(b) Concurring reasons of Desjardins J.A.

Desjardins J.A. began with a brief discussion, based largely on that in *Symes, supra*, of the limited role to be played by generally accepted accounting principles ("GAAP") in the determination of profit for tax purposes. She found at p. 244 that the trial judge erred in applying to the case at bar the interpretation in *Symes* of Wilson J.'s rejection in *Mattabi Mines, supra*, of "both the need for a causal connection between a particular expenditure and a particular receipt, and the suggestion that a receipt must arise in the same year as an expenditure is incurred", as *Symes* was not con-

rantes, parce qu'ils représentaient des frais liés à l'exploitation d'une entreprise au cours de l'année d'imposition de 1986, et aussi parce que [Canderel] aurait été nettement désavantagée sur le plan financier si elle n'avait pas versé ces paiements et qu'elle a effectivement obtenu des avantages financiers importants en les versant». Cependant, il a conclu que les dépenses n'avaient pas été engagées dans le but de produire un revenu uniquement en 1986, mais pendant toutes les années au cours desquelles les baux devaient être en vigueur.

De plus, le juge Stone a conclu que le présent cas n'était pas analogue à l'arrêt *Oxford Shopping Centres*, précité, car il n'était pas possible, dans cette affaire, de rattacher les dépenses à des postes de revenu particuliers. Tout en reconnaissant que, dans *Cummings*, précité, dans une remarque incidente, le juge Heald s'était dit disposé à qualifier de dépenses courantes des dépenses de prise en charge d'un bail, le juge Stone était d'avis que cela laissait également supposer que les dépenses en question ne pouvaient pas être imputées directement à des postes de revenu correspondants. En l'espèce, parce que les PIL pouvaient, conformément au principe du rattachement, être rattachés au revenu tiré des divers baux et qu'ils l'avaient effectivement été à des fins comptables, le juge Stone (avec l'appui du juge Robertson) était d'avis d'accueillir l'appel.

b) Les motifs concordants du juge Desjardins

Le juge Desjardins a d'abord examiné brièvement, en se fondant en grande partie sur l'examen de la question fait dans *Symes*, précité, le rôle limité que les principes comptables généralement reconnus («PCGR») doivent jouer dans la détermination du bénéfice aux fins de l'impôt. Elle a conclu, à la p. 244, que le juge de première instance avait commis une erreur en appliquant à l'espèce l'interprétation donnée dans *Symes*, précité, du rejet par le juge Wilson, dans l'arrêt *Mattabi Mines*, précité, «à la fois [de] l'exigence d'un lien de causalité entre une dépense particulière et un revenu particulier et [de] l'idée que le revenu devait être généré dans l'année où la dépense avait été engagée», étant donné que l'arrêt *Symes* ne

cerned with the timing of a deduction, which was the only issue in the case at bar.

23

Desjardins J.A. turned next to the cases relied upon by the Minister in support of the proposition that where there are two methods acceptable both under GAAP and for tax purposes, the court will prefer the one that results in a “truer picture” of the taxpayer’s profit, including *West Kootenay, supra*, *Maritime Telegraph and Telephone Co. v. The Queen*, 92 D.T.C. 6191, and *Friedberg v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 285. She concluded at p. 256 that “[i]n essence, what the courts have been looking for is the true realized gains and losses of a taxpayer in the relevant taxation year”, and that to determine whether matching is the appropriate method in any given case would require an analysis of the specific facts in light of the cases in which the matching principle had been specifically developed. In this connection, she relied on *Symes* for the proposition that the determination of profit for tax purposes is a question of law, to be determined in accordance with “well accepted principles of business (or accounting) practice” (p. 257), unless they run counter to an express statutory provision or a principle of tax law.

24

Thus, Desjardins J.A. identified the key question as assessing which method most accurately shows the taxpayer’s actual profit. After reviewing *Oxford Shopping Centres, supra*, in which the taxpayer’s disbursement was considered to be a running expense and the matching principle therefore did not apply, even though amortization was available at the taxpayer’s option and would have provided a more accurate picture of income for the particular year, she found that where an expense could be related to a particular item of income, the matching principle would apply. She concluded, at p. 264, that TIPs are “clearly” related to particular items of income, as there is a “direct contractual relationship between the TIP and the stream of revenues gained over the period of the lease”. There-

portait pas sur la question du moment où il faut faire la déduction, question qui était la seule en litige dans le cas qui l’intéressait.

Le juge Desjardins a ensuite examiné les décisions invoquées par le ministre au soutien de l’argument selon lequel, en présence de deux méthodes acceptables tant en vertu des PCGR qu’aux fins de l’impôt, le tribunal préférera celle qui donne une «image plus fidèle» du bénéfice du contribuable, notamment les arrêts *West Kootenay*, précité, *Maritime Telegraph and Telephone Co. c. La Reine*, 92 D.T.C. 6191, et *Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285. Elle a conclu, à la p. 256, que, «[e]ssentiellement, ce que les tribunaux ont recherché, ce sont les gains et pertes véritables que le contribuable a réalisés au cours de l’année d’imposition pertinente» et que le fait de déterminer si le rattachement est la méthode qui convient dans un cas donné exigerait une analyse des faits précis, à la lumière des cas dans lesquels le principe du rattachement a été élaboré de façon explicite. À cet égard, elle s’est fondée sur l’arrêt *Symes* pour affirmer que la détermination du bénéfice aux fins de l’impôt est une question de droit, qui doit être tranchée conformément aux «principes bien reconnus de la pratique des affaires (ou comptable)» (p. 257) sauf si ceux-ci vont à l’encontre d’une disposition législative explicite ou d’un principe du droit fiscal.

En conséquence, le juge Desjardins a souligné que la question principale était d’établir quelle méthode indique le plus fidèlement le bénéfice véritable du contribuable. Après avoir examiné l’arrêt *Oxford Shopping Centres*, précité, dans lequel le débours du contribuable avait été considéré comme étant une dépense courante et le principe du rattachement n’avait donc pas été appliqué, même si l’amortissement constituait l’un des choix possibles du contribuable et aurait donné une image plus fidèle du revenu pour l’année en cause, elle a conclu que, lorsqu’une dépense peut être rattachée à un poste de revenu particulier, le principe du rattachement s’applique. Elle a statué, à la p. 264, qu’il ne fait «aucun doute» que les PIL sont des dépenses liées à des postes de revenu particu-

fore, in her view at p. 264, “[m]atching of TIPs is compulsory”.

Canderel had argued that the foundation on which rests the compulsory matching of expenses when related to a particular item of income, namely *Commissioners of Inland Revenue v. Gardner Mountain & D’Ambrumenil, Ltd.* (1947), 29 T.C. 69 (H.L.), was inapplicable because it dealt with costs of inventory, for which special rules have developed. Desjardins J.A. disagreed, noting that Viscount Simon’s words in that case were directed to both “services completely rendered or goods supplied”, and that Canderel was in a type of service industry, namely the rental of commercial premises. Therefore, she held that the TIPs were to be deducted as the services were rendered — that is, over the period of the lease. She distinguished *Vallambrosa Rubber, supra*, and *Naval Colliery, supra*, as cases in which the expenses in question truly could not be matched to specific items of revenue. Further, she found that because timing was not raised in *Cummings, supra*, which dealt only with whether lease pick-up expenses were on account of income or capital, the *obiter* comments in that case concerning TIPs were neither binding nor persuasive.

Therefore, Desjardins J.A. was in agreement with the majority that the TIPs paid by Canderel in 1986 were to be amortized over the life of the respective leases, and that such would be (at p. 270) “the only method acceptable for income tax purposes”.

IV. Issues

As already stated, this appeal raises only one direct issue: whether tenant inducement payments are deductible from income entirely in the year in

liers, puisqu’ils sont «directement liés au flux de revenus gagnés au cours de la période du bail». Donc, à son avis, «[l]e rattachement des PIL est obligatoire» (p. 264).

Canderel avait plaidé que le fondement sur lequel repose le rattachement obligatoire des dépenses lorsqu’elles sont liées à un poste de revenu particulier, c’est-à-dire l’arrêt *Commissioners of Inland Revenue c. Gardner Mountain & D’Ambrumenil, Ltd.* (1947), 29 T.C. 69 (H.L.), ne s’appliquait pas parce que cet arrêt concernait les coûts des stocks, à l’égard desquels des règles spéciales avaient été élaborées. Le juge Desjardins n’a pas accepté cet argument, soulignant que les propos du vicomte Simon dans cette affaire visaient à la fois les «services rendus et [les] marchandises livrées» et que Canderel était dans un type d’industrie de services, soit celle de la location commerciale. Par conséquent, elle a statué que les PIL devaient être déduits au fur et à mesure que les services étaient rendus — c’est-à-dire pendant toute la période du bail. Elle a fait une distinction entre les arrêts *Vallambrosa Rubber*, précité, et *Naval Colliery*, précité, car il s’agissait d’affaires dans lesquelles les dépenses en question ne pouvaient vraiment pas être rattachées à des postes de revenu particuliers. De plus, elle a conclu que, parce que la question du moment de la déduction n’avait pas été soulevée dans *Cummings*, précité, affaire qui portait seulement sur la question de savoir si les frais de prise en charge d’un bail étaient des dépenses de nature capitale ou des dépenses imputables au compte de produits, les remarques incidentes formulées dans cet arrêt au sujet des PIL n’étaient ni contraignantes ni convaincantes.

Le juge Desjardins était donc d’accord avec la majorité pour dire que les PIL versés par Canderel en 1986 devaient être amortis sur la durée des divers baux et qu’il s’agissait de «la seule méthode acceptable aux fins de l’impôt sur le revenu» (à la p. 270).

IV. Les questions en litige

Comme il a déjà été mentionné, le présent pourvoi ne soulève qu’une question simple: les paiements d’incitation à la location peuvent-ils être

25

26

27

which they are incurred, or whether the Minister of National Revenue is entitled to insist that they be amortized over the terms of the leases to which they relate. To answer this question, however, it will first be necessary to examine the fundamental principles of profit computation under the *Income Tax Act*.

V. Analysis

(1) *General Principles of Profit Computation*

28 In the relatively recent case of *Symes, supra*, this Court considered the general principles which govern the computation of profit for income tax purposes. However, because some of the principles enunciated in *Symes* may have been misinterpreted, I propose to review these general principles in order to resolve the issue in this appeal and to clarify the critical issue of profit computation for the purposes of the *Income Tax Act*.

(a) The Interpretive Framework

29 It is appropriate to begin the consideration of profit with s. 9(1) of the Act, which defines a taxpayer's income for a taxation year from a business or property source as "his profit therefrom for the year". Significantly, "profit" is not defined in s. 9(1) or anywhere else in the Act. It seems to me that this approach was a deliberate legislative choice, particularly given that the Act contains exhaustive definitions of numerous other concepts and terms with which it deals. This choice reflects the reality that no single definition can adequately apply to the millions of different taxpayers bound by the Act. Under our self-assessment system, each taxpayer must be able to compute his or her income in such a way as to constitute an accurate picture of his or her income situation, subject, of course, to express provisions in the Act which require specific treatment of certain types of expenses or receipts.

déduits entièrement du revenu dans l'année où ils ont été effectués, ou le ministre du Revenu national a-t-il le droit d'insister pour qu'ils soient amortis sur la durée des baux auxquels ils se rapportent? Toutefois, pour répondre à cette question, il faudra d'abord examiner les principes fondamentaux du calcul du bénéfice en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

V. L'analyse

(1) *Les principes généraux de calcul du bénéfice*

Dans un arrêt relativement récent *Symes*, précité, notre Cour a examiné les principes généraux qui régissent le calcul du bénéfice aux fins de l'impôt sur le revenu. Toutefois, comme certains des principes énoncés dans cet arrêt ont peut-être été mal interprétés, je me propose de les réexaminer afin de trancher la question en litige dans le présent pourvoi et de clarifier la question cruciale du calcul du bénéfice aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

a) Le cadre d'interprétation

Il convient de commencer l'examen de la question du calcul du bénéfice par le par. 9(1) de la Loi, qui définit le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition comme étant «le bénéfice qu'il en tire pour cette année». Fait important, le mot «bénéfice» n'est pas défini au par. 9(1) ni ailleurs dans la Loi. Il me semble qu'il s'agit là d'un choix délibéré du législateur, compte tenu particulièrement du fait que la Loi contient des définitions exhaustives de nombreux autres termes et notions dont elle traite. Ce choix reflète bien le fait qu'une seule et même définition ne peut pas s'appliquer adéquatement aux millions de contribuables assujettis à la Loi. Dans le cadre de notre régime d'autocotisation, chaque contribuable doit être en mesure de calculer son revenu de façon à donner une image fidèle de son revenu, sous réserve, évidemment, de l'application des dispositions expresses de la Loi qui exigent que certains types de dépenses ou de recettes soient traités d'une façon précise.

What, then, is the true nature of “profit” for tax purposes? While the concept has been variously expressed, perhaps the clearest and most concise articulation of the term is to be found in the oft-quoted decision of this Court in *M.N.R. v. Irwin*, [1964] S.C.R. 662, at p. 664, where profit in a year was taken to consist of “the difference between the receipts from the trade or business *during such year . . .* and the expenditure laid out to earn those receipts” (emphasis in original). This definition was echoed by Jockett P. in *Associated Investors of Canada Ltd. v. M.N.R.*, [1967] 2 Ex. C.R. 96, where he stated at p. 102:

Ordinary commercial principles dictate, according to the decisions, that the annual profit from a business must be ascertained by setting against the revenues from the business for the year, the expenses incurred in earning such revenues.

Accepting this fundamental definition, in *Symes*, *supra*, at pp. 722-23, the majority made the following observations about the computation of profit:

. . . the “profit” concept in s. 9(1) is inherently a net concept which presupposes business expense deductions. It is now generally accepted that it is s. 9(1) which authorizes the deduction of business expenses; the provisions of s. 18(1) are limiting provisions only. . . .

Under s. 9(1), deductibility is ordinarily considered as it was by Thorson P. in *Royal Trust*, [*Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, 57 D.T.C. 1055 (Ex. Ct.)] (at p. 1059):

. . . the first approach to the question whether a particular disbursement or expense was deductible for income tax purpose was to ascertain whether its deduction was consistent with ordinary principles of commercial trading or well accepted principles of business . . . practice . . . (Emphasis added.)

Thus, in a deductibility analysis, one’s first recourse is to s. 9(1), a section which embodies, as the trial judge suggested, a form of “business test” for taxable profit.

Par conséquent, quelle est la véritable nature du «bénéfice» aux fins de l’impôt? Bien que cette notion ait été exprimée de diverses manières, la formulation la plus claire et la plus concise de ce terme a peut-être été donnée dans l’arrêt souvent cité de notre Cour *M.N.R. c. Irwin*, [1964] R.C.S. 662, à la p. 664, où les bénéfices d’une année ont été décrits comme étant constitués de [TRADUCTION] «la différence entre les recettes du commerce ou de l’entreprise encaissées *pendant cette même année* [. . .] et les dépenses effectuées pour réaliser ces recettes» (en italique dans l’original). Cette définition a été reprise par le président Jockett dans la décision *Associated Investors of Canada Ltd. c. M.N.R.*, [1967] 2 R.C. de l’É. 96, où il a déclaré ceci, à la p. 102:

[TRADUCTION] Les principes commerciaux ordinaires prescrivent, suivant les décisions, qu’il faut déterminer le profit annuel d’une entreprise en défalquant des revenus de cette dernière pour l’année les dépenses engagées en vue de tirer lesdits revenus.

Acceptant cette définition fondamentale, dans l’arrêt *Symes*, précité, aux pp. 722 et 723, la majorité a fait les observations suivantes au sujet du calcul du bénéfice:

. . . le concept de «bénéfice» au par. 9(1) est en soi un résultat net qui présuppose des déductions de dépenses d’entreprise. Il est maintenant généralement reconnu que c’est le par. 9(1) qui autorise la déduction des dépenses d’entreprise; le par. 18(1) est limitatif seulement . . .

En vertu du par. 9(1), la déductibilité est habituellement considérée de la façon dont elle l’avait été par le président Thorson dans *Royal Trust*, [*Royal Trust Co. c. Minister of National Revenue*, 57 D.T.C. 1055 (C. de l’É.)] (à la p. 1059):

[TRADUCTION] . . . pour savoir si un débours ou une dépense était deductible aux fins d’impôt la première étape était de déterminer si la déduction était conforme aux principes ordinaires des affaires commerciales ou aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires . . . (Je souligne.)

En conséquence, dans l’analyse des déductions, il faut commencer par le par. 9(1), disposition qui englobe, comme l’a précisé le juge de première instance, un «critère des affaires» aux fins du calcul du bénéfice imposable.

This is a test which has been variously phrased. As the trial judge rightly noted, the determination of profit under s. 9(1) is a question of law: *Neonex International Ltd. v. The Queen*. . . Perhaps for this reason, and as *Neonex* itself impliedly suggests, courts have been reluctant to posit a s. 9(1) test based upon “generally accepted accounting principles” (G.A.A.P.). . . Any reference to G.A.A.P. connotes a degree of control by professional accountants which is inconsistent with a legal test for “profit” under s. 9(1). Further, whereas an accountant questioning the propriety of a deduction may be motivated by a desire to present an appropriately conservative picture of current profitability, the *Act* is motivated by a different purpose: the raising of public revenues. For these reasons, it is more appropriate in considering the s. 9(1) business test to speak of “well accepted principles of business (or accounting) practice” or “well accepted principles of commercial trading”. [Emphasis in original.]

32

The great difficulty which seems to have plagued the courts in the assessment of profit for income tax purposes bespeaks the need for as much clarity as possible in formulating a legal test therefor. The starting proposition, of course, must be that the determination of profit under s. 9(1) is a question of law, not of fact. Its legal determinants are two in number: first, any express provision of the *Income Tax Act* which dictates some specific treatment to be given to particular types of expenditures or receipts, including the general limitation expressed in s. 18(1)(a), and second, established rules of law resulting from judicial interpretation over the years of these various provisions.

33

Beyond these parameters, any further tools of analysis which may provide assistance in reaching a determination of profit are just that: interpretive aids, and no more. Into this category fall the “well-accepted principles of business (or accounting) practice” which were mentioned in *Symes*, also referred to as “ordinary commercial principles” or “well-accepted principles of commercial trading”, among other terms. A formal codification of these principles is to be found in the “generally accepted

C’est un critère qui a été formulé de bien des façons. Comme le juge de première instance l’a bien fait ressortir, la détermination du bénéfice en vertu du par. 9(1) est une question de droit: *Neonex International Ltd. c. The Queen* [. . .] C’est peut-être pour ce motif (comme le laisse entendre implicitement *Neonex*) que les tribunaux ont hésité à énoncer, relativement au par. 9(1), un critère fondé «sur les principes comptables généralement reconnus» (P.C.G.R.) [. . .]. Toute mention des P.C.G.R. comporte l’idée d’un degré de contrôle exercé par des comptables professionnels, ce qui est incompatible avec un critère juridique du «bénéfice» en vertu du par. 9(1). Alors qu’un comptable s’interrogeant sur l’opportunité d’une déduction peut être motivé par le désir de présenter un tableau plutôt conservateur du niveau des profits courants, la *Loi* vise une fin différente: la perception de revenus publics. Pour ces motifs, dans l’examen du par. 9(1), il convient davantage de parler de «principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable)» ou de «principes bien reconnus des affaires commerciales». [Souligné dans l’original.]

La grande difficulté qui semble avoir affligé les tribunaux dans la détermination du bénéfice aux fins de l’impôt sur le revenu fait ressortir la nécessité de formuler le plus clairement possible le critère juridique applicable à cet égard. Le postulat de départ est évidemment que la détermination du bénéfice visé au par. 9(1) est une question de droit, non de fait. Les facteurs juridiques déterminants sont au nombre de deux: premièrement, l’existence d’une disposition expresse de la *Loi de l’impôt sur le revenu* commandant l’application d’un traitement précis à l’égard de certaines dépenses ou recettes, notamment la limite générale formulée à l’al. 18(1)a), et, deuxièmement, l’existence de règles de droit établies découlant de l’interprétation que les tribunaux ont donnée de ces diverses dispositions au fil des ans.

À part ces paramètres, tous les autres moyens d’analyse susceptibles d’aider à déterminer le bénéfice ne sont que ce que leur nom indique: des critères d’interprétation, sans plus. Entrent dans cette catégorie les «principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable)» mentionnés dans l’arrêt *Symes*, également appelés «principes commerciaux ordinaires» ou «principes ordinaires des affaires commerciales», entre autres. Ces principes ont été formellement codifiés dans

accounting principles” (“GAAP”) developed by the accounting profession for use in the preparation of financial statements. These principles are accepted by the accounting profession as yielding accurate financial information about the subject of the statements, and become “generally accepted” either by actually being followed in a number of cases, by finding support in pronouncements of professional bodies, by finding support in the writings of academics and others, or by more than one of these methods: see Peter W. Hogg and Joanne E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2nd ed. 1997), at pp. 180-81. What must be remembered, however, is that these are non-legal tools and as such are external to the legal determination of profit, whereas the provisions of the Act and other established rules of law form its very foundation.

That is not to minimize the key role played by such well-accepted business principles (as I shall hereafter refer to them) in the profit-computation process. In *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, Major J. made the following observation at para. 41:

The Act does not define “profit” nor does it provide any specific rules for the computation of profit. Tax jurisprudence has established that the determination of profit under s. 9(1) is a question of law to be determined according to the business test of “well-accepted principles of business (or accounting) practice” or “well-accepted principles of commercial trading” except where these are inconsistent with the specific provisions of the *Income Tax Act* . . .

I think this statement aptly describes the proper relationship between tax law and business principles. In the absence of a statutory definition of profit, it would be unwise for the law to eschew the valuable guidance offered by well-established business principles. Indeed, these principles will, more often than not, constitute the very basis of the determination of profit. However, well-accepted business principles are not rules of law and thus a given principle may not be applicable to every case. More importantly, these principles must nec-

les «principes comptables généralement reconnus» («PCGR») établis par la profession comptable pour la préparation des états financiers. La profession comptable reconnaît que ces principes produisent une information financière fidèle relativement à l’objet des états financiers, et ils deviennent «généralement reconnus» soit parce qu’ils sont effectivement suivis dans un certain nombre de cas, soit parce qu’ils trouvent appui dans les déclarations faites par des organismes professionnels ou dans les écrits d’universitaires et d’autres personnes, ou encore par une combinaison de ces facteurs: voir Peter W. Hogg et Joanne E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (2^e éd. 1997), aux pp. 180 et 181. Il ne faut toutefois pas oublier qu’il s’agit d’outils non juridiques et, de ce fait, extrinsèques à la détermination du bénéfice en droit, alors que les dispositions de la Loi et les autres règles de droit établies constituent la base même de cette notion.

Cette constatation ne vise pas à minimiser le rôle clé que jouent ces principes commerciaux bien reconnus (ainsi que je les désignerai ci-après) dans le processus de calcul du bénéfice. Dans ses motifs dans *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, le juge Major a fait l’observation suivante au par. 41:

La Loi ne définit pas le terme «bénéfice» et n’établit pas de règles précises pour en faire le calcul. La jurisprudence en matière fiscale a établi que la détermination du bénéfice en vertu du par. 9(1) est une question de droit qui doit être tranchée selon le critère des «principes reconnus de la pratique des affaires (ou comptable)» ou des «principes reconnus des échanges commerciaux», sauf lorsque ceux-ci sont incompatibles avec les dispositions expresses de la *Loi de l’impôt sur le revenu* . . .

Je pense que cet énoncé décrit bien le lien qui doit exister entre le droit fiscal et les principes commerciaux. En l’absence de définition de la notion de bénéfice dans la loi, il ne serait pas sage que le droit renonce aux indications précieuses qu’offrent des principes commerciaux bien établis. En effet, plus souvent qu’autrement, ces principes constitueront la base même de la détermination du bénéfice. Cependant, des principes commerciaux reconnus ne sont pas des règles de droit et, partant, il est possible qu’un principe donné ne s’applique

essarily take a subordinate position relative to the legal rules which govern.

36 The reason for this is simple: generally speaking, well-accepted business principles will have their roots in the methodology of financial accounting, which, as was expressed in *Symes*, is motivated by factors fundamentally different from taxation. Moreover, financial accounting is usually concerned with providing a comparative picture of profit from year to year, and therefore strives for methodological consistency for the benefit of the audience for whom the financial statements are prepared: shareholders, investors, lenders, regulators, etc. Tax computation, on the other hand, is solely concerned with achieving an accurate picture of income for each individual taxation year for the benefit of the taxpayer and the tax collector. Depending on the taxpayer's commercial activity during a particular year, the methodology used to calculate profit for tax purposes may be substantially different from that employed in the previous year, which in turn may be different from that which was employed the year before. Therefore, while financial accounting may, as a matter of fact, constitute an accurate determinant of profit for some purposes, its application to the legal question of profit is inherently limited. Caution must be exercised when applying accounting principles to legal questions.

37 I do not wish to be taken, however, as minimizing the role of GAAP in the determination of profit for income tax purposes. Some have inferred from my reasons in *Symes* an intention that GAAP are to be rejected entirely: see, for example, Hogg and Magee, *supra*, at pp. 185-87. This is not what I intended. In fact, the better view is that GAAP will generally form the very foundation of the "well-accepted business principles" applicable in computing profit. It is important, however, for the courts to avoid delegating the criteria for the legal test of profit to the accounting profession, and therefore a distinction must be maintained. That is, while GAAP may more often than not parallel the

pas à tous les cas. Fait plus important encore, ces principes doivent nécessairement occuper un rang subordonné par rapport aux règles de droit qui régissent la question.

La raison de ce fait est simple: en règle générale, les principes commerciaux reconnus tirent leur origine de la méthodologie de la comptabilité générale, qui, comme il a été mentionné dans *Symes*, est motivée par des facteurs fondamentalement différents de la fiscalité. De plus, la comptabilité générale vise habituellement à fournir une image comparative du bénéfice d'une année à l'autre et tend donc à respecter une uniformité méthodologique pour le bénéfice de ceux à qui sont destinés les états financiers: notamment les actionnaires, les investisseurs, les prêteurs, les organismes de réglementation. Par contre, le calcul de l'impôt vise seulement à produire, pour le bénéfice du contribuable et du percepteur d'impôts, une image fidèle du revenu pour chaque année d'imposition. Selon l'activité commerciale du contribuable au cours d'une année donnée, la méthode utilisée pour calculer le bénéfice aux fins de l'impôt peut être très différente de celle utilisée l'année précédente, qui elle aussi a pu différer de celle utilisée l'année d'avant. Par conséquent, bien que la comptabilité générale puisse, dans les faits, constituer à certaines fins une méthode fidèle de détermination du bénéfice, son application à la question juridique du bénéfice est intrinsèquement limitée. La prudence s'impose dans l'application de principes comptables à des questions juridiques.

Je ne voudrais toutefois pas que l'on croie que je minimise le rôle des PCGR dans la détermination du bénéfice aux fins de l'impôt sur le revenu. Certains ont déduit de mes motifs dans l'arrêt *Symes* l'intention d'écarter complètement les PCGR: voir, par exemple, Hogg et Magee, *op. cit.*, aux pp. 185 à 187. Telle était pas mon intention. De fait, la meilleure façon de voir les choses est de dire que les PCGR forment généralement la base même des «principes commerciaux reconnus» applicables au calcul du bénéfice. Toutefois, il est important que les tribunaux évitent de déléguer la responsabilité des critères du test juridique du bénéfice à la profession comptable, voilà pourquoi il faut maintenir

well-accepted business principles recognized by the law, there may be occasions on which they will differ, and on such occasions the latter must prevail: see, for example, *Friedberg v. Canada, supra*.

Moreover, there will, of course, be situations in which GAAP will offer various acceptable options in the preparation of financial statements, and the taxpayer will be free, for financial accounting purposes, to adopt whichever option best suits his financial objectives at the given time. In such cases, GAAP will surely not be determinative as to the method by which an accurate picture of profit may be obtained for taxation purposes, though it may still be useful as a guide to the various acceptable methods of computation, one of which may yield the appropriate result for taxation.

A good example of the relationship among the provisions of the Act, the principles developed in the case law, and GAAP or well-accepted business principles can be found in s. 18(9) of the Act, which requires the amortization of certain prepaid expenses over the periods of time to which they relate. It is possible, although I express no specific opinion on this matter, that some of these expenses could be treated otherwise for the purposes of GAAP or business practice; perhaps they might be deducted entirely in the year incurred, or even capitalized. However, this possibility is negated for tax purposes by their specific legislative treatment.

I pause here for a moment to distinguish the role of the courts in this regard from that of Parliament. Generally speaking, the courts are free, in the absence of contrary legislation or established rules of law, to assess the taxpayer's computation of income in accordance with well-accepted business principles. Obviously, this will require an assessment in each case of which of these principles apply to the particular circumstances which present themselves. However, it is not for the court to decide that one principle is paramount, or applica-

une distinction. Autrement dit, même si, plus souvent qu'autrement, les PCGR correspondent aux principes commerciaux reconnus par le droit, il peut survenir des occasions où ils différeront, auxquels cas les derniers doivent avoir préséance: voir, par exemple, l'arrêt *Friedberg c. Canada*, précité.

De plus, il y aura naturellement des cas où les PCGR offriront diverses solutions acceptables dans la préparation des états financiers, et où le contribuable sera libre, aux fins de la comptabilité générale, d'adopter celle qui sert le mieux ses objectifs financiers à ce moment. Dans de tels cas, les PCGR ne seront sûrement pas déterminants quant à la méthode permettant d'obtenir une image fidèle du bénéfice aux fins de l'impôt, quoiqu'ils puissent rester utiles pour indiquer les diverses méthodes acceptables de calcul, dont l'une pourrait fournir le résultat approprié aux fins de l'impôt.

Le paragraphe 18(9) de la Loi, qui exige que certaines dépenses payées d'avance soient amorties sur les périodes auxquelles elles se rapportent est un bon exemple du rapport qui existe entre les dispositions de la Loi, les principes élaborés par la jurisprudence et les PCGR ou les principes commerciaux reconnus. Il est possible, quoique je n'exprime aucune opinion précise à cet égard, que certaines de ces dépenses puissent être traitées autrement dans l'application des PCGR ou dans la pratique des affaires; peut-être pourraient-elles être déduites en entier dans l'année où elles ont été engagées, ou même capitalisées. Toutefois, pour les fins de l'impôt, cette possibilité est écartée en raison du traitement particulier que leur réserve la loi.

Je m'arrête un instant afin de distinguer, à cet égard, le rôle des tribunaux et celui du législateur. En général, les tribunaux sont libres, en l'absence de dispositions législatives ou de règles de droit établies à l'effet contraire, d'apprécier le calcul du revenu effectué par le contribuable conformément aux principes commerciaux reconnus. Évidemment, il faut dans chaque cas évaluer lequel de ces principes s'applique aux circonstances particulières qui se présentent. Cependant, il n'appartient pas aux tribunaux de décider qu'un principe prédo-

38

39

40

ble to the exclusion or subordination of all others by saying that it has been elevated to the status of a rule of law which is to be applied in all situations. That is exclusively within the province of Parliament, and the willingness of Parliament to exercise this power is exemplified by s. 18(9) and by countless other codifications in the Act of what would otherwise likely be considered well-accepted business principles: see *Symes, supra*, at pp. 723-25.

41 For the court to usurp this inherent power of Parliament is rife with unnecessary danger. As was observed in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 112:

All that is needed to effect the desired result is clear language of that kind. In the absence of such clear language, judicial innovation is undesirable, both because the issue is policy charged and because a legislative mandate is apt to be clearer than a rule whose precise bounds will become fixed only as a result of expensive and lengthy litigation.

The law of income tax is sufficiently complicated without unhelpful judicial incursions into the realm of lawmaking. As a matter of policy, and out of respect for the proper role of the legislature, it is trite to say that the promulgation of new rules of tax law must be left to Parliament. As one eminent jurist of the United States Supreme Court once observed, “we are a Supreme Court, not a Supreme Legislature”.

42 Of course, this is distinct from the interpretation of such rules, such as, for example, the elucidation of the otherwise undefined concept of “profit”, which is well within the jurisdiction of the courts. Such interpretive jurisprudence will fall within the category of “rules of law” which, as a matter of course, will predominate over well-accepted business principles. However, when no specific legal rule has been developed, either in the case law or under the Act, the taxpayer will be free to calculate his or her income in accordance with well-

mine ou s’applique de manière telle qu’il exclut leur application ou que celle-ci est subordonnée à la sienne en disant qu’il a été élevé au rang de règle de droit devant être appliquée dans tous les cas. Ce pouvoir relève exclusivement de la compétence du législateur, et la volonté de ce dernier de l’exercer est illustrée par le par. 18(9) et par la codification dans la Loi d’une multitude d’autres règles qui autrement seraient vraisemblablement considérées comme des principes commerciaux reconnus: voir *Symes*, précité, aux pp. 723 à 725.

L’usurpation par les tribunaux de ce pouvoir inhérent du législateur est source de dangers inutiles. Comme notre Cour l’a souligné dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, au par. 112:

Pour obtenir le résultat souhaité, il suffit d’utiliser des termes aussi clairs. En l’absence de pareils termes, l’innovation judiciaire n’est pas souhaitable parce qu’il s’agit d’une question qui regorge de considérations de principe et parce qu’une prescription du législateur est plus susceptible d’être claire qu’une règle dont les limites précises ne seront établies que par suite d’une longue et coûteuse série de poursuites.

En matière d’impôt sur le revenu, le droit est suffisamment compliqué sans que les tribunaux fassent inutilement des incursions dans le domaine de la création des lois. En tant que ligne de conduite et par respect pour le rôle même du législateur, c’est un lieu commun que de dire que la promulgation de nouvelles règles de droit fiscal doit être laissée au législateur. Comme l’a dit un jour un éminent juriste de la Cour suprême des États-Unis: [TRADUCTION] «nous sommes la Cour suprême, pas le Parlement suprême».

Naturellement, cette question diffère de celle de l’interprétation de telles règles, par exemple l’éclaircissement de la notion par ailleurs non définie de «bénéfice», éclaircissement qui relève tout à fait de la compétence des tribunaux. Une telle jurisprudence interprétative entrera dans la catégorie des «règles de droit» qui, naturellement, l’emporteront sur les principes commerciaux reconnus. Cependant, dans le cas où aucune règle juridique précise n’a été élaborée, que ce soit dans la jurisprudence ou en vertu de la Loi, le contribuable est

accepted business principles, and to adopt whichever of these is appropriate in the particular circumstances, is not inconsistent with the law, and, as I shall elaborate upon below, yields an accurate picture of his profit for the year. The simple application by a court of one or another well-accepted business principle to a particular case or cases, moreover, will not ordinarily amount to the elevation of that principle to the status of a “rule of law”. In general, the Minister will not be entitled to insist that one method supported by business practice and commercial principles be employed over another, equally supported method, unless, as I will develop below, the method chosen by the taxpayer fails to yield an accurate picture of his or her income for the taxation year.

(b) The Interpretive Goal: An Accurate Picture of Income

Having established an appropriate framework for analysis, I should now like to discuss what exactly is the question that must be answered when attempting to assess a taxpayer’s profit for tax purposes. A good place to begin is with the decision of the Federal Court of Appeal in *West Kootenay*, *supra*, where MacGuigan J.A. stated at p. 745:

The approved principle is that whichever method presents the “truer picture” of a taxpayer’s revenue, which more fairly and accurately portrays income, and which “matches” revenue and expenditure, if one method does, is the one that must be followed.

In the court below, Stone J.A. took this passage as grounding his conclusion that the matching principle of accounting has been elevated to a rule of law. Obviously, in light of my previous comments, I do not, with respect, subscribe to that point of view. To my mind, the significance of this statement is to confirm a much sounder proposition: that the goal of the legal test of “profit” should be to determine which method of accounting best depicts the reality of the financial situation of the particular taxpayer. If this is accomplished by applying the matching principle, then so be it.

libre de calculer son revenu conformément aux principes commerciaux reconnus et d’adopter celui parmi ces principes qui convient dans les circonstances particulières, qui n’est pas incompatible avec le droit et qui, comme je vais l’expliquer en détail plus loin, donne une image fidèle de son bénéfice pour l’année. En outre le simple fait qu’un tribunal applique l’un ou l’autre des principes commerciaux reconnus à un ou plusieurs cas particuliers n’aura généralement pas pour effet d’ériger ce principe en «règle de droit». En général, le ministre n’a pas le droit d’insister pour qu’une méthode trouvant appui dans les principes commerciaux et la pratique des affaires soit employée de préférence à une autre méthode bénéficiant d’un appui égal, sauf si, comme je vais l’expliquer, la méthode choisie par le contribuable ne permet pas d’obtenir une image fidèle de son revenu pour l’année d’imposition visée.

(b) Le but de l’interprétation: une image fidèle du revenu

Après avoir établi un cadre d’analyse approprié, je vais maintenant me demander quelle est exactement la question à laquelle il faut répondre lorsqu’on tente de déterminer le bénéfice d’un contribuable aux fins de l’impôt. Un bon point de départ est la décision rendue par la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *West Kootenay*, précitée, où le juge MacGuigan a dit ceci, à la p. 745:

... la méthode applicable est celle qui donne l’image la plus fidèle du revenu du contribuable, qui le représente le plus fidèlement et proprement et qui permet le meilleur «rattachement» des charges et des produits.

En Cour d’appel fédérale, le juge Stone a considéré que ce passage étayait sa conclusion selon laquelle le principe comptable du rattachement avait été érigé en règle de droit. En toute déférence, à la lumière des observations que j’ai faites précédemment, je ne souscris évidemment pas à ce point de vue. À mon avis, l’intérêt de cet énoncé est qu’il confirme une proposition beaucoup plus juste: le critère juridique du «bénéfice» devrait viser à déterminer quelle méthode comptable dépeint le mieux la situation financière du contribuable concerné. Si ce but est atteint par l’applica-

On the other hand, if some other method is appropriate, is permissible under well-accepted business principles, and is not prohibited either by the Act or by some specific rule of law, then there is no principled basis by which the Minister should be entitled to insist that the matching principle — or any other method, for that matter — be employed. MacGuigan J.A. in *West Kootenay* seemed to advert to this notion at pp. 745-46, in the passage immediately following the above-quoted portion:

The result often will not be different from what it would be using a consistency principle, but the “truer picture” or “matching approach” is not absolute in its effect, and requires a close look at the facts of a taxpayer’s situation. [Emphasis added.]

45

As an aside, I would also observe that the compartmentalization of income calculation has led to a process that is far more complicated than necessary. To attempt to achieve a useful picture of profit by reference only to rigid categories of expenses — running expenses, matchable expenses, etc. — can become a frustrating exercise in futility: see Richard B. Thomas, “The Matching Principle: Legal Principle or a Concept?” (1996), 44 *Can. Tax J.* 1693. Rather than trying to discern into which pigeonhole a particular income expenditure falls, the taxpayer’s focus should be on attempting to portray his or her income in the manner which best reflects his or her true financial position for the year, that is, which gives an “accurate picture” of profit. To do otherwise is to lose sight of the taxation forest for the practice or principle trees. In other words, the competing concepts of running expenses and matching which appear to be at play in this appeal fall into the category of well-accepted business principles, no more, no less. They are simply important interpretive aids which may assist, but are not determinative, in the illumination of an accurate picture of the taxpayer’s income.

46

This should not be taken as casting doubt upon those previous decisions which have applied such

tion du principe du rattachement, qu’il en soit alors ainsi. Par contre, si une autre méthode convient, si elle est permise en vertu des principes commerciaux reconnus et si elle n’est pas interdite par la Loi ou par quelque autre règle de droit précise, il n’existe alors aucun principe autorisant le ministre à insister pour que ce soit le principe du rattachement — ou d’ailleurs quelque autre méthode — qui soit utilisé. Dans *West Kootenay*, le juge MacGuigan a semblé se référer à cette notion, dans le passage qui suit immédiatement l’extrait cité ci-dessus (aux pp. 745 et 746):

Souvent, le résultat obtenu ne différera pas de celui auquel on serait parvenu en appliquant le principe de la continuité, mais la méthode de «l’image la plus fidèle» ou du «rattachement» n’aboutit pas à des effets absolus et exige un examen factuel minutieux de la situation du contribuable. [Je souligne.]

En passant, je ferai également remarquer que la compartimentation du calcul du revenu a abouti à un processus beaucoup plus complexe que de besoin. Tenter de produire une image utile du bénéfice par rapport seulement à des catégories strictes de dépenses — dépenses courantes, rattachables et ainsi de suite — peut devenir un exercice frustrant et futile: voir Richard B. Thomas, «The Matching Principle: Legal Principle or a Concept?» (1996), 44 *Can. Tax J.* 1693. Au lieu de tenter de déterminer dans quelle case entre une dépense donnée, le contribuable devrait présenter son revenu de la manière qui reflète le mieux sa véritable situation financière pour l’année, c’est-à-dire qui donne une «image fidèle» du bénéfice. Agir autrement reviendrait à laisser les arbres que sont ces divers principes et pratiques lui cacher la forêt de la fiscalité. Autrement dit, les notions contradictoires de dépenses courantes et de rattachement qui paraissent être en jeu dans le présent pourvoi entrent dans la catégorie des principes commerciaux reconnus, ni plus ni moins. Elles sont simplement des outils d’interprétation importants, qui peuvent se révéler utiles mais non déterminants pour obtenir une image fidèle du revenu du contribuable.

Il ne faudrait pas considérer cela comme une remise en question des décisions antérieures qui

well-accepted business principles to the computation of profit, even where this might appear to have been the determining factor in the end. In *Oxford Shopping Centres, supra*, for example, an amount paid by the taxpayer to the City of Calgary to effect a certain traffic diversion for the benefit of its business was held to be a running expense. In his reasons, Thurlow A.C.J. (as he then was) held that the matching principle did not apply to a running expense even though deducting the expense entirely in the year incurred would distort the income for that particular year. While on first glance, this decision might appear to fly in the face of the “accurate picture” principle, in my view, the facts of the case gave rise to a choice between two difficult positions: either to permit the distortion of the taxpayer’s income for a single year by allowing the immediate deduction of a running expense, or to require the distortion of its income for a number of years by forcing the arbitrary amortization of an expense which was not clearly referable to any particular item of future revenue. Given this choice, it is apparent that Thurlow A.C.J. recognized that to apply the matching principle of accounting, as a well-accepted business principle, not a rule of law, would not have assisted in obtaining an accurate picture of the taxpayer’s income. Thus, he ruled it inapplicable to the circumstances of the case before him while expressly advertent to the freedom of the taxpayer to so amortize in appropriate cases, as had been held previously in *Tower Investment, supra*, and in *M.N.R. v. Canadian Glassine Co.*, [1976] 2 F.C. 517.

To my mind, this is an excellent example of the proper approach to be taken to the computation of profit. To the extent that they may be applicable to particular circumstances, well-accepted business principles are to be assessed and applied only on a case-by-case basis, and only for the purpose of achieving an accurate picture of profit for the year in question for income tax purposes. In this light, I have no hesitation in finding that to the extent that

ont appliqué au calcul du bénéfice ces principes commerciaux reconnus, même lorsque cela peut sembler avoir été le facteur déterminant en fin de compte. Dans *Oxford Shopping Centres*, précité, par exemple, il a été jugé qu’une somme payée par le contribuable à la ville de Calgary pour obtenir une mesure de détournement de la circulation pour les fins de son entreprise était une dépense courante. Dans ses motifs, le juge en chef adjoint Thurlow a conclu que le principe du rattachement ne s’appliquait pas à une dépense courante, même si le fait de déduire la dépense au complet dans l’année où elle était engagée donnerait une fausse image du revenu de l’année en question. Même si, à première vue, cette décision peut sembler contredire le principe de l’«image fidèle», je suis d’avis que les faits de cette affaire donnaient lieu à un choix entre deux positions difficiles: soit permettre la distorsion du revenu du contribuable pour une seule année en autorisant la déduction immédiate d’une dépense courante, soit exiger la distorsion de son revenu pendant un certain nombre d’années en obligeant l’amortissement d’une dépense qui n’était pas clairement rattachée à un poste particulier de revenu futur. Vu ce choix, il appert que le juge Thurlow a reconnu que le fait d’appliquer le principe comptable du rattachement, en tant que principe commercial reconnu et non pas comme règle de droit, n’aurait pas contribué à donner une image fidèle du revenu du contribuable. Par conséquent, il a déclaré le principe inapplicable aux circonstances de l’affaire dont il était saisi, tout en faisant expressément état de la liberté du contribuable de recourir à l’amortissement dans les cas s’y prêtant, comme il avait été jugé antérieurement dans les affaires *Tower Investment*, précitée, et *M.R.N. c. Canadian Glassine Co.*, [1976] 2 C.F. 517.

Selon moi, il s’agit d’un excellent exemple de l’approche qui doit être suivie dans le calcul du bénéfice. Dans la mesure où ils peuvent s’appliquer à des circonstances particulières, les principes commerciaux reconnus ne doivent être appréciés et appliqués qu’au cas par cas, et uniquement dans le but d’obtenir une image fidèle du bénéfice pour l’année en question aux fins de l’impôt sur le revenu. En conséquence, je n’ai aucune hésitation

the majority decision of the Federal Court of Appeal was premised on the view of the matching principle as a rule of law, it was clearly in error.

à conclure que, dans la mesure où la décision de la majorité en Cour d'appel fédérale était fondée sur l'opinion que le principe du rattachement était une règle de droit, cette décision était manifestement erronée.

48 In reaching these conclusions, I am well aware of my remarks in *Friesen, supra*, at para. 118, to the following effect:

En arrivant à ces conclusions, je suis bien conscient des remarques à l'effet suivant que j'ai formulées dans l'arrêt *Friesen*, précité, au par. 118:

The appellant's interpretation would also undermine the matching principle underpinning s. 9 of the Act: *Neonex International Ltd. v. The Queen* . . . (for an affirmation of the importance of this principle and an invalidation of an attempt to claim expenses in a year in which they were not incurred); see also *West Kootenay Power and Light Co. v. Canada* . . . This principle emphasizes that receipts and expenditures which produce the net income are to be properly "matched" in the same time period: [V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4th ed. 1993)], at p. 279. The importance of the "match" flows from the critical role timing considerations play in taxation matters.

L'interprétation de l'appelant minerait aussi le principe de rattachement qui sous-tend l'art. 9 de la Loi: *Neonex International Ltd. c. La Reine* [. . .] (pour une affirmation de l'importance de ce principe et un rejet d'une tentative de déduire des dépenses pour une année où elles n'avaient pas été engagées); voir aussi *West Kootenay Power and Light Co. c. Canada* [. . .] Selon ce principe, les recettes et les dépenses qui produisent le revenu net doivent être correctement «rattachées» au cours du même exercice: [V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4^e éd. 1993)], à la p. 279. L'importance de ce «rattachement» découle du rôle crucial que joue le temps en matière de fiscalité.

49 While at first glance this statement might be taken to support the recognition of the matching principle as a rule of law, such was not the true meaning of these remarks. Rather, I was simply acknowledging the general principle that the computation of profit involves the offsetting of revenues against the expenditures incurred in earning them. This is hardly a novel concept (see *Irwin, supra*, for example), and clearly goes to the quest for an accurate picture of the taxpayer's income. In circumstances where an expenditure is incurred principally for the specific purpose of earning a discrete and identifiable item of revenue, it will generally yield a more accurate picture of profit to deduct that expenditure from taxable income in the year in which the revenue is realized. However, it will always be a matter of debate, in light of well-accepted business principles, whether a particular expenditure was in fact made principally for this purpose, and whether it is possible or appropriate to "match" the expenditure against some specific revenue, either current or future. Nothing in my remarks in *Friesen* serves to cast doubt upon this fundamental premise.

Quoique, à première vue, cet énoncé puisse être considéré comme venant appuyer la reconnaissance du principe du rattachement en tant que règle de droit, ce n'était pas là le sens véritable de ces remarques. Je ne faisais plutôt simplement que reconnaître le principe général selon lequel le calcul du bénéfice exige d'appliquer aux revenus les dépenses engagées dans le but de les gagner. Cette notion, qui n'est guère nouvelle (voir l'arrêt *Irwin*, précité, par exemple), tend manifestement à la recherche d'une image fidèle du revenu du contribuable. Dans les cas où une dépense est engagée principalement dans le but précis de gagner un revenu distinct et identifiable, on obtiendra en général une image plus fidèle du bénéfice en déduisant cette dépense du revenu imposable au cours de l'année où le revenu est réalisé. Cependant, la question de savoir si une dépense particulière a dans les faits été effectuée principalement à cette fin et s'il est possible ou appropriée de «rattacher» cette dépense à un revenu précis, soit courant soit futur, donnera toujours lieu à discussion, à la lumière des principes commerciaux reconnus. Rien dans les remarques que j'ai formulées dans *Friesen* ne vient jeter de doutes sur ce principe fondamental.

It follows from all of this that in calculating his or her income for a taxation year, the taxpayer must adopt a method of computation which is not inconsistent with the Act or established rules of law, which is consistent with well-accepted business principles, and which will yield an accurate picture of his or her income for that year. In the simplest cases, it will not even be necessary to resort formally to the various well-accepted business principles, as the simple formula by which revenues are set against the expenditures incurred in earning them is always the basic determinant.

However, where the income picture is more complicated, as is frequently the case, the taxpayer is free to employ whichever well-accepted business principles will be most useful in depicting profit, provided again that the method adopted is not inconsistent with the law. As a general rule, and as I have already stated, the Minister is in no position to insist on the application of one principle or another, in the absence of some legal rule so requiring, unless, as I shall discuss next, the application of an alternative rule would yield a more accurate picture of income than that which was obtained by the taxpayer.

Revenue Canada is free to indicate its disapproval of the taxpayer's chosen method of computation by means of assessment. In *Johnston v. M.N.R.*, [1948] S.C.R. 486, this Court held that the onus is on the taxpayer, in the face of an assessment, to establish that the factual findings on which the assessment is based are wrong. However, to satisfy this onus where the dispute is over the appropriate method of computation, the taxpayer need only show that his or her income was calculated in a manner consistent with the foregoing paragraph, that is, that the figure attained was in conformity with the then-existing legal framework and represents an accurate picture of his or her financial position for the year in question. The onus then shifts to the Minister to prove either that the figure does not constitute an accurate picture of income or that some other method of computation

Il découle de tout ce qui précède que, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition donnée, le contribuable doit adopter une méthode de calcul qui ne soit pas incompatible avec la Loi ou les autres règles de droit établies, qui soit conforme avec les principes commerciaux reconnus et qui produise une image fidèle de son revenu pour l'année en question. Dans les cas les plus simples, il ne sera même pas nécessaire de recourir formellement aux divers principes commerciaux reconnus, car la simple formule qui consiste à appliquer aux revenus les dépenses engagées dans le but de les gagner est toujours le facteur déterminant fondamental.

Toutefois, lorsque la présentation de l'image du revenu est plus compliquée, comme cela se produit fréquemment, le contribuable est libre d'utiliser les principes commerciaux reconnus qui seront le plus utiles pour décrire le bénéficiaire, pourvu encore une fois que la méthode adoptée ne soit pas incompatible avec le droit applicable. En règle générale, comme je l'ai dit plus tôt, le ministre n'est pas en mesure d'insister sur l'application d'un principe ou d'un autre, en l'absence de règle juridique qui l'exige, sauf dans les cas où, comme je vais l'examiner ci-après, l'application d'une autre règle produirait une image plus fidèle du revenu que celle obtenue par le contribuable.

Revenue Canada est libre d'indiquer par voie de cotisation son désaccord avec la méthode de calcul choisie par le contribuable. Dans *Johnston c. M.N.R.*, [1948] R.C.S. 486, notre Cour a conclu qu'il incombe au contribuable ayant fait l'objet d'une cotisation d'établir que les conclusions de fait sur lesquelles la cotisation est basée sont fausses. Cependant, pour s'acquitter de cette charge de la preuve, lorsque le différend porte sur la méthode de calcul appropriée, le contribuable n'a qu'à prouver que son revenu a été calculé d'une manière compatible avec le paragraphe précédent, c'est-à-dire que le chiffre obtenu était conforme au cadre juridique existant alors et donne une image fidèle de sa situation financière pour l'année en question. Il y a alors déplacement de la charge de la preuve et le ministre est alors tenu de prouver que le chiffre ne constitue pas une image fidèle du revenu ou

50

51

52

would yield a more accurate picture. In so doing, however, I emphasize that the Minister is not entitled to rely on particular well-accepted business principles as being inherently preferable over others. If the method chosen by the taxpayer is otherwise acceptable by law and in accordance with such well-accepted principles, then it is no answer for the Minister to say that other principles should have been employed unless to do so would have yielded a more accurate picture of income.

53

The outlined framework for analysis is, of course, only as useful as its application to actual cases. Turning to the facts of this case will illustrate how this principled approach to the computation of income is intended to operate. Before I do this, however, it may be both convenient and useful to summarize the principles which I have set out above:

- (1) The determination of profit is a question of law.
- (2) The profit of a business for a taxation year is to be determined by setting against the revenues from the business for that year the expenses incurred in earning said income: *M.N.R. v. Irwin, supra, Associated Investors, supra.*
- (3) In seeking to ascertain profit, the goal is to obtain an accurate picture of the taxpayer's profit for the given year.
- (4) In ascertaining profit, the taxpayer is free to adopt any method which is not inconsistent with
 - (a) the provisions of the *Income Tax Act*;
 - (b) established case law principles or "rules of law"; and
 - (c) well-accepted business principles.
- (5) Well-accepted business principles, which include but are not limited to the formal codification found in GAAP, are not rules of law but interpretive aids. To the extent that they may influence the calculation of income, they

qu'une autre méthode de calcul donnerait une image plus fidèle. Ce faisant, toutefois, je souligne que le ministre n'a pas le droit de se fonder sur certains principes commerciaux reconnus en invoquant qu'ils sont intrinsèquement préférables à d'autres. Si la méthode choisie par le contribuable est par ailleurs acceptable du point de vue du droit et conforme à ces principes reconnus, alors le ministre ne peut pas affirmer que d'autres principes auraient dû être utilisés, sauf dans les cas où leur application aurait produit une image plus fidèle du revenu.

Il va de soi que le cadre d'analyse exposé n'est utile que dans la mesure où il est appliqué à des cas concrets. L'examen des faits du présent cas illustrera comment cette méthode raisonnée de calcul du revenu est censée fonctionner. Tout d'abord, cependant, il pourrait être utile et approprié de résumer les principes que j'ai énoncés précédemment:

- (1) La détermination du bénéfice est une question de droit.
- (2) Le bénéfice tiré d'une entreprise pour une année d'imposition est déterminé en déduisant des revenus tirés de l'entreprise pour l'année en question les dépenses engagées pour gagner ces revenus: *M.N.R. c. Irwin, précité, Associated Investors, précité.*
- (3) Dans la détermination du bénéfice, l'objectif est d'obtenir une image fidèle du bénéfice du contribuable pour l'année visée.
- (4) Dans la détermination du bénéfice, le contribuable est libre d'adopter toute méthode qui n'est pas incompatible avec:
 - a) les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;
 - b) les principes dégagés de la jurisprudence ou les «règles de droit» établis;
 - c) les principes commerciaux reconnus.
- (5) Les principes commerciaux reconnus, notamment ceux codifiés formellement dans les PCGR, ne sont pas des règles de droit mais des outils d'interprétation. Dans la mesure où ils peuvent influencer le calcul du revenu, ils ne

will do so only on a case-by-case basis, depending on the facts of the taxpayer's financial situation.

- (6) On reassessment, once the taxpayer has shown that he has provided an accurate picture of income for the year, which is consistent with the Act, the case law, and well-accepted business principles, the onus shifts to the Minister to show either that the figure provided does not represent an accurate picture, or that another method of computation would provide a more accurate picture.

(2) *Application of General Principles to this Case*

It is evident that the method of income calculation adopted by Canderel in the instant case was not inconsistent with any provision of the *Income Tax Act* or other rule of law. The general income provision, s. 9(1), provides no definition of "profit", and no other section of the Act touches, either directly or indirectly, upon the income treatment to be given TIPs. Section 18(9) of the Act does require the amortization of certain "prepaid expenses", but TIPs are not included in this provision.

To my mind, this exclusion not only exempts TIPs from any statutory amortization requirement, but also provides a valuable hint as to Parliament's lack of intention to require such treatment of TIPs. I do not mean to suggest that the *expressio unius* maxim of statutory interpretation applies here, as s. 18(9) certainly does not purport to be an exhaustive compendium of amortizable expenses, and it is arguable that TIPs do not really fall into the same category as the prepaid expenses touched upon by the section, but the fact that Parliament has directed its mind to requiring the amortization of some expenses without requiring this of TIPs is nonetheless telling to some extent. Parliament

le feront qu'au cas par cas, selon les faits relatifs à la situation financière du contribuable.

- (6) En cas de nouvelle cotisation, une fois que le contribuable a prouvé qu'il a donné une image fidèle de son revenu pour l'année, image qui est compatible avec la Loi, la jurisprudence et les principes commerciaux reconnus, il incombe alors au ministre de prouver que le chiffre fourni ne donne pas une image fidèle ou qu'une autre méthode de calcul fournirait une image plus fidèle.

(2) *L'application des principes généraux au présent cas*

Il est évident que la méthode de calcul du revenu adoptée par Canderel dans le présent cas n'était pas incompatible avec quelque disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou autre règle de droit. La disposition générale relative au revenu, le par. 9(1), ne donne aucune définition du terme «bénéfice», et aucun autre article de la Loi ne porte directement ou indirectement sur le traitement qu'il faut accorder aux PIL sur le plan du revenu. Le paragraphe 18(9) de la Loi exige effectivement l'amortissement de certaines «dépenses payées d'avance», mais les PIL ne sont pas compris dans cette disposition.

À mon avis, cette exclusion a non seulement pour effet de soustraire les PIL à toute obligation d'amortissement prévue par la loi, mais elle constitue également un indice précieux du fait que le législateur n'entendait pas exiger que les PIL soient assujettis à un tel traitement. Je ne veux pas laisser entendre que la règle d'interprétation législative *expressio unius* s'applique en l'espèce, car le par. 18(9) ne se veut certainement pas une liste exhaustive des dépenses amortissables, et il est possible de prétendre que les PIL n'entrent pas réellement dans la même catégorie que les dépenses payées d'avance mentionnées dans cet article, mais le fait que le législateur se soit appliqué à exiger l'amortissement de certaines dépenses sans l'exiger dans le cas des PIL est néanmoins révélateur dans une certaine mesure. Le législateur serait

54

55

would be free to institute this requirement, but has not done so.

56

The case law also supports this method of computation. In *Cummings, supra*, the court considered the timing of deduction of lease pick-up payments, by which the appellant taxpayer agreed to pay rent to the landlords whose premises were vacated by the appellant's new tenant. The rents which the tenant was still obliged to pay under existing leases was a major obstacle in lease negotiations and was resolved only by the appellant's agreement to assume the lease pick-up payments; that is, the assumption of the payments was a necessary inducement for the tenant to enter the lease. After considering expert accounting evidence to the effect that immediate deduction of such expenses was permissible for tax purposes, Heald J.A. concluded, at p. 5211:

... that subject expenditure was a "running expense" and in the same category as for example, an extensive advertising campaign to obtain tenants or an offer to a prospective tenant of a rent-free period as an inducement to enter into a long-term lease or a finder's fee for obtaining tenants and leases.

57

While the analogies contained in the last part of the quotation are obviously *obiter dicta*, as was correctly pointed out by both Stone and Desjardins J.J.A. in the court below, I believe the implication of the decision is clear nonetheless. To distinguish the lease pick-up payments from the cash TIPs advanced in the instant case is, in my opinion, virtually impossible. Both are contractual payments voluntarily incurred by landlords for the purpose of inducing tenants to enter into long-term leases. While both payments may give rise to benefits which are realized in years subsequent to that in which they are incurred, the fact that in *Cummings* the Federal Court of Appeal found the expenses in question to be running expenses, not referable to any specific items of income, and thus fully deductible in the year incurred, is most instructive.

libre d'établir cette obligation, mais il ne l'a pas fait.

La jurisprudence vient également étayer cette méthode de calcul. Dans *Cummings*, précité, la cour a examiné la question du moment de la déduction de paiements de prise en charge de bail faits en vertu d'un accord aux termes duquel le contribuable appelant avait convenu de verser le loyer payable aux propriétaires des locaux libérés par son nouveau locataire. Les loyers auxquels le locataire était encore tenu en vertu des baux existants constituaient un obstacle important dans la négociation des baux, obstacle qui n'a pu être écarté que lorsque l'appelant a convenu d'assumer les paiements de prise en charge des baux; autrement dit, la prise en charge des paiements était une mesure nécessaire pour inciter le locataire à signer le bail. Après examen des témoignages d'experts comptables selon lesquels la déduction immédiate de telles dépenses était permise aux fins de l'impôt, le juge Heald a tiré la conclusion suivante, à la p. 5211:

... la dépense en litige est une «dépense courante» du même genre que, par exemple, une importante campagne publicitaire en vue de trouver des locataires, l'offre faite à un locataire éventuel de bénéficier d'une période à l'égard de laquelle aucun loyer n'est payable afin de l'inciter à conclure un bail à long terme, ou le paiement d'honoraires à la personne qui trouve des locataires et permet la signature de baux.

Bien que les analogies figurant dans la dernière partie du passage cité soient manifestement des remarques incidentes, comme l'ont correctement souligné les juges Stone et Desjardins de la Cour d'appel fédérale, je crois que l'incidence de la décision est néanmoins claire. À mon avis, il est pratiquement impossible de distinguer les paiements versés pour prise en charge de bail des PIL versés dans le présent cas. Dans les deux cas, il s'agit de paiements contractuels faits volontairement par des locateurs dans le but d'inciter des locataires à conclure des baux à long terme. Bien que ces deux sortes de paiements puissent se traduire par des avantages se concrétisant dans des années subséquentes à celle où les paiements sont effectués, il est très révélateur que, dans *Cummings*, la Cour d'appel fédérale ait jugé que les

There is simply no meaningful distinction between the two cases: see also T. E. McDonnell, "Running Headlong into the GAAP (Again)" (1995), 43 *Can. Tax J.* 738.

The decision of the Federal Court — Trial Division in *Tower Investment Inc.*, *supra*, in which advertising expenses incurred for the purpose of attracting tenants to new buildings were held to be amortizable over a period of years, poses no analytical problem in this regard. All that appears to have been decided in that case was that in the particular circumstances, amortization was an acceptable way to obtain an accurate picture of income. No general rule of law was thereby developed, nor was amortization held to be the only acceptable treatment of the expenses. Again, the appropriate treatment will turn on the facts of each individual case.

At this stage, then, Canderel was free to deduct the payments entirely in the year incurred. But that does not end the matter. It remains to be seen whether the method chosen by Canderel was in accordance with the case law principles as outlined above and with well-accepted business principles, and whether it provided an accurate picture of its income for the year in question. Even if that were so, the Minister would still be entitled to insist on an alternative treatment of the expenditures if it could be shown that such would provide a more accurate picture. To answer these questions will require an examination of the evidence and the findings of the trial judge.

The accounting evidence adduced by the parties was somewhat inconclusive at best. It disclosed that at the time of the payments, GAAP allowed for three alternative and acceptable methods of accounting for TIPS. The payer was entitled to treat the payments either as operating expenses,

dépenses en question étaient des dépenses courantes, qui n'étaient pas rattachables à des postes de revenu précis et qui étaient donc déductibles entièrement dans l'année où elles étaient engagées. Il n'existe tout simplement pas de distinction significative entre ces deux affaires: voir également T. E. McDonnell, «Running Headlong into the GAAP (Again)» (1995), 43 *Can. Tax J.* 738.

La décision de la Section de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire *Tower Investment Inc.*, précitée, où des dépenses publicitaires engagées dans le but d'attirer des locataires dans de nouveaux immeubles ont été déclarées amortissables sur un certain nombre d'années, ne soulève aucun problème d'analyse à cet égard. La seule chose qui semble avoir été décidée dans cette affaire est que, dans les circonstances particulières du cas, l'amortissement constituait une façon acceptable d'obtenir une image fidèle du revenu. Aucune règle de droit générale n'a été élaborée en conséquence, et il n'a pas non plus été jugé que l'amortissement était la seule façon acceptable de traiter les dépenses. Encore une fois, le traitement approprié est fonction des faits propres à chaque cas.

À ce stade, donc, Canderel était libre de déduire entièrement les paiements dans l'année où ils avaient été effectués. Mais cela ne clôt pas l'affaire. Il reste à se demander si la méthode choisie par Canderel était conforme aux principes commerciaux reconnus ainsi qu'aux principes jurisprudentiels exposés précédemment, et si elle donnait une image fidèle du revenu pour l'année en question. Toutefois, même si tel était le cas, le ministre aurait encore le droit d'insister pour l'application d'une autre façon de traiter les dépenses s'il était possible de prouver que cette autre façon permettrait d'obtenir une image plus fidèle. Pour répondre à ces questions, il faudra étudier la preuve ainsi que les conclusions du juge de première instance.

La preuve comptable présentée par les parties était au mieux peu concluante. Elle a révélé que, au moment où les paiements ont été faits, les PCGR permettaient le recours à trois méthodes comptables acceptables dans le cas des PIL. Le payeur avait le droit de traiter les paiements soit

fully chargeable to the results of operations in the year incurred, as capital expenditures to be added to the cost of the building and depreciated, or as deferred expenses to be amortized over the life of the relevant leases. The experts called by Canderel were of the opinion that the first option was to be preferred because the expenditures were incurred in the ordinary course of generating revenue from Canderel's business and that this method would thus give the most accurate picture of income. Those called by the Minister, as might be expected, testified that the preferred method was the third, as the payments were causally linked to rental revenue while any other benefits to which they gave rise were not revenue and could not be the subject of "matching". To my mind, this evidence is useful only to demonstrate that GAAP at the time endorsed the options contended for by both parties. However, I cannot draw from this alone any specific conclusion as to which method was preferable in terms of yielding the more accurate picture of Canderel's income.

61 But the findings of fact made by the trial judge are more instructive. Brulé J. found that the payments yielded four primary benefits for Canderel: the prevention of a "hole in income" which otherwise would have been caused by maintaining a vacant building, the ability to satisfy the underlying requirements of its interim financing and to obtain permanent financing, the ability to meet its competition and to maintain its market position and reputation, and the generating of revenues through rentals and through management and development fees (which were to some extent contingent upon the rate of lease-up). From this, he concluded that the payments constituted "running expenses", as they could not be causally linked to any single or specific stream of revenue, and that the matching principle therefore did not apply in the circumstances, as contended for by the Minister.

comme des frais d'exploitation imputables en entier aux résultats d'exploitation dans l'année où ils sont effectués, soit comme des dépenses en immobilisations devant être ajoutées au coût de l'immeuble et amorties, ou encore comme des frais reportés devant être amortis sur la durée des baux concernés. Les experts assignés par Canderel étaient d'avis que la première solution devait être retenue parce que les dépenses avaient été faites dans le cours ordinaire des affaires en vue de tirer un revenu de l'entreprise de Canderel et que cette méthode donnerait donc l'image la plus fidèle du revenu. Comme il était permis de s'y attendre, les experts assignés par le ministre ont témoigné que la troisième méthode était celle à retenir, car il existait un lien de cause à effet entre les paiements et les revenus de location, tandis que tous les autres avantages en découlant ne constituaient pas des revenus et ne pouvaient pas faire l'objet d'un «rattachement». À mon avis, cette preuve ne sert qu'à démontrer que, à l'époque, les PCGR acceptaient les solutions proposées par les deux parties. Cependant, je ne puis tirer de cette seule preuve quelque conclusion précise que ce soit relativement à l'identité de la méthode qui était préférable en ce qu'elle donnait l'image la plus fidèle du revenu de Canderel.

Mais les conclusions de fait tirées par le juge de première instance sont plus révélatrices. Le juge Brulé a conclu que les paiements apportaient quatre avantages principaux à Canderel: le fait d'éviter le «trou dans le revenu» qu'aurait causé le maintien d'un immeuble vacant, la capacité de satisfaire aux conditions de son financement provisoire et d'obtenir du financement permanent, la capacité de faire face à la concurrence et de préserver sa position sur le marché ainsi que sa réputation, et la capacité de gagner des revenus au moyen de loyers et d'honoraires de gestion et de mise en valeur (qui, dans une certaine mesure, dépendaient du pourcentage de location de l'immeuble). Il en a conclu que les paiements constituaient des «dépenses courantes», car il n'était pas possible d'établir de lien de cause à effet avec quelque source de revenu précise, et que le principe du rattachement ne s'appliquait donc pas dans les circonstances, contrairement à ce que soutenait le ministre.

It is immediately apparent that, while some of the benefits identified by Brulé J. are of a type that would be realized over a period of years, others, such as the satisfaction of interim financing requirements and the maintenance of market position and reputation, are benefits that were immediately realized by Canderel in the year the payments were made. From this observation emerges one serious practical difficulty inherent in the Federal Court of Appeal's view of the law: even if it can properly be argued that the payments are "directly referable" to some future revenues, what is to be made of a situation where they are also referable to other, immediate benefits? It would be unduly arbitrary to allocate the expenses only to the specific revenues while ignoring the other, less tangible benefits. But there also exists no specific legal formula for the apportionment of the expenses among the various benefits. Perhaps some appropriate amortization formula could be devised to cover such an apportionment, but any such device would need to be a creature of statute; anything less would constitute judicial legislation of a very intrusive variety. It is similarly no answer to suggest that because the payments were amortized by Canderel for financial accounting purposes, they can be similarly amortized for taxation purposes. As I have already explained, the two portrayals of profit are substantially different in nature and purpose.

In its submissions before this Court, Canderel posited a variety of other questions which would arise out of the treatment of the matching principle as a compulsory rule of law. For example, if an induced tenant were to break its lease before the end of the term, how, and pursuant to what authority, would the balance of the TIP be deducted from income? What if the rate of rent varied over the term of the lease; would this affect the rate of amortization? Additionally, without any clear, principled distinction between this case and *Cummings, supra*, what other expenses incurred in the course of securing tenants for a building would be

62
Il appert d'entrée de jeu que, même si certains des avantages relevés par le juge Brulé sont d'un genre susceptible de se concrétiser sur un certain nombre d'années, d'autres, comme la capacité de Canderel de satisfaire aux conditions du financement provisoire et de préserver sa position sur le marché ainsi que sa réputation, sont des avantages que l'entreprise a obtenus immédiatement dans l'année où les paiements ont été effectués. Cette observation soulève une sérieuse difficulté d'ordre pratique, inhérente à la conception que la Cour d'appel fédérale a du droit applicable: même s'il est possible de soutenir que les paiements sont «directement rattachables» à certains revenus futurs, que faut-il faire dans le cas où ils sont également rattachables à d'autres avantages, immédiats ceux-là? Il serait indûment arbitraire d'imputer les dépenses seulement aux revenus en question, sans tenir compte des autres avantages moins tangibles. Toutefois, il n'existe pas non plus de formule juridique particulière pour l'imputation des dépenses aux divers avantages. Peut-être qu'une formule d'amortissement appropriée pourrait être conçue aux fins de cette imputation, mais tout outil de ce genre devrait être créé par une loi; toute mesure moindre constituerait du droit prétoire de nature très attentatoire. Ne constitue pas non plus une solution le fait de suggérer que, parce que les paiements ont été amortis par Canderel à des fins de comptabilité générale, ils peuvent également l'être aux fins de l'impôt. Comme je l'ai déjà expliqué, les deux façons de présenter le bénéfice sont substantiellement différentes tant de par leur nature que de par leur objet.

63
Dans les observations qu'elle a présentées devant notre Cour, Canderel a posé diverses autres questions, que soulèverait le fait de traiter le principe du rattachement comme une règle de droit obligatoire. Par exemple, si un locataire ayant bénéficié d'un PIL devait résilier son bail avant expiration, comment et en vertu de quel fondement le solde du PIL serait-il déduit du revenu? Que se passerait-il si le montant du loyer variait pendant la durée du bail, ce fait influencerait-il sur le taux d'amortissement? De plus, en l'absence de distinction claire et rationnelle entre la présente affaire et l'arrêt *Cummings*, précité, quelles autres dépenses

required to be amortized rather than currently deducted? Moreover, what would happen if the leased premises were disposed of before the TIPs were fully deducted? These are questions which simply cannot be answered by reference to the law as it presently exists, and for good reason: in a case such as this, there is simply no uniform solution by which the most accurate picture of the taxpayer's profit may be obtained. It is therefore an artificial and arbitrary solution to impose the matching principle, as a matter of law, upon circumstances where its application quite evidently creates serious difficulty. To my mind, the uncertainties created by the type of judicial legislation engaged in by the Federal Court of Appeal stand as clear examples of the difficulties contemplated in *Sparrow Electric, supra*.

faites pour trouver des locataires pour un immeuble devraient être amorties plutôt que déduites dans l'année où elles sont effectuées? En outre, qu'arriverait-il si les locaux loués étaient aliénés avant que les PIL aient été déduits en entier? Voilà autant de questions auxquelles il n'est tout simplement pas possible de répondre en se référant au droit qui existe présentement, et ce pour une bonne raison: dans une affaire comme celle qui nous occupe, il n'y a tout simplement pas de solution uniforme qui permette d'obtenir l'image la plus fidèle du bénéfice du contribuable. Constitue donc une solution artificielle et arbitraire le fait d'imposer le principe du rattachement, comme règle de droit, dans des circonstances où son application crée de toute évidence de sérieuses difficultés. À mon avis, les incertitudes engendrées par le genre de droit prétorien élaboré par la Cour d'appel fédérale illustrent clairement le type de difficultés qui avaient été envisagées dans l'arrêt *Sparrow Electric, précité*.

64

In light of all of this, I find it difficult, particularly given the findings of the trial judge as to the various benefits generated by the TIPs, to conclude that the amortization of the payments over the terms of the leases, as contended for by the Minister, would provide a more accurate picture of Canderel's income than would their immediate deduction in the year expended. In such a case, where no one method emerges as clearly superior or more properly applicable than another, the taxpayer should retain the option of ordering its affairs in accordance with any method which is in accordance with well-accepted business principles and which is acceptable in light of the reality of its business. That is to say, just because a particular tactic is acceptable under well-accepted business principles will not necessarily justify its application in a given context if it is out of step with the actual manner in which the taxpayer conducts its affairs. However, once the taxpayer has established that the method adopted gives an accurate picture of its income, the onus is clearly on the Minister to prove that the method adopted by the taxpayer is inappropriate in the particular circumstances of each case. In the instant case, I believe that the findings of the trial judge make it impossible to

À la lumière de tout ce qui précède, je trouve difficile, compte tenu particulièrement des conclusions du juge de première instance quant aux divers avantages des PIL, de conclure que l'amortissement des paiements sur la durée des divers baux, solution proposée par le ministre, donnerait une image plus fidèle du revenu de Canderel que ne le ferait le fait de déduire les paiements immédiatement dans l'année où ils ont été effectués. Dans un tel cas, où aucune méthode ne se révèle clairement supérieure ou plus nettement applicable qu'une autre, le contribuable devrait conserver la faculté d'organiser ses affaires conformément à toute méthode compatible avec les principes commerciaux reconnus et acceptable compte tenu des réalités de son entreprise. En d'autres mots, le seul fait qu'une tactique particulière soit acceptable en vertu des principes commerciaux reconnus ne justifiera pas nécessairement son application dans un contexte donné si elle ne concorde pas avec la manière dont le contribuable conduit concrètement ses affaires. Cependant, une fois que le contribuable a établi que la méthode retenue donne une image fidèle de son revenu, il incombe alors clairement au ministre de prouver que cette méthode est inappropriée dans les circonstances particulières

conclude that the Minister has discharged this burden in the instant case.

Indeed, in my view, the fact that in the instant case, Brulé J. found that the TIPs were properly attributable to a number of different expenses makes inevitable the conclusion that they constituted running expenses. As I have already noted, I do not see how, under these circumstances, it is possible with any accuracy to amortize the payments over the term of the lease, in the absence of an established formula acceptable for tax purposes, which was not advanced by the Minister. It follows, then, that the TIPs were not referable to any particular items of income, i.e., they cannot be correlated directly, or at least not principally, with the rents generated by the leases which they induced. They therefore qualify as running expenses to which the matching principle does not apply: see *Oxford Shopping Centres*, *supra*. The findings of fact made by Brulé J. in this regard are entitled to considerable deference. There is no indication that these findings were unsupported by the evidence, and I can see no reason to reject them.

In light of the foregoing, I am compelled to the view that the Federal Court of Appeal erred in requiring that the TIPs be amortized over the terms of the leases which they induced, rather than being deducted entirely in the year incurred. As I have already made clear, there is no basis for treating the matching principle as a “rule of law”, as the Federal Court of Appeal chose to do, and for my part, I am unable to conclude that to apply this particular principle of accounting to the present case would serve to achieve a more accurate picture, for tax purposes, of the taxpayer’s financial position for the year in question than the immediate deduction of the expenses favoured by Canderel. While the matching principle will certainly be useful in some cases, its specific application in the present case is unnecessary, as the payments related at

du cas en question. En l’espèce, j’estime que les conclusions du juge de première instance interdisent de conclure que le ministre s’est acquitté de cette obligation.

De fait, à mon avis, le fait qu’en l’espèce le juge Brulé ait statué que les PIL pourraient à juste titre être associés à un certain nombre de postes de dépenses différents rend inévitable la conclusion selon laquelle ils constituaient des dépenses courantes. Comme je l’ai souligné plus tôt, je ne vois pas comment, dans ces circonstances, il est possible d’amortir avec précision les paiements sur la durée du bail, en l’absence d’une formule établie acceptable aux fins de l’impôt, formule que n’a pas proposée le ministre. Il s’ensuit donc que les PIL n’étaient rattachables à aucun poste de revenu particulier, c’est-à-dire qu’il n’était pas possible de les mettre en corrélation directement, ou à tout le moins pas principalement, avec les loyers découlant des baux dont ils avaient entraîné la signature. Ils étaient donc admissibles à titre de dépenses courantes auxquelles le principe du rattachement ne s’applique pas: voir *Oxford Shopping Centres*, précité. Les conclusions de fait tirées par le juge Brulé à cet égard méritent qu’il soit fait montre d’une retenue considérable à leur endroit. Rien n’indique que ces conclusions n’étaient pas étayées par la preuve, et je ne vois aucune raison de les rejeter.

À la lumière de ce qui précède, je suis forcé de dire que la Cour d’appel fédérale a fait erreur en exigeant que les PIL soient amortis sur la durée des divers baux dont ils ont entraîné la signature plutôt que d’être déduits en entier dans l’année où ils ont été effectués. Comme je l’ai indiqué clairement plus tôt, rien ne justifie de traiter le principe du rattachement comme une «règle de droit», comme a choisi de le faire la Cour d’appel fédérale, et, quant à moi, je suis incapable de conclure que le fait d’appliquer ce principe comptable particulier à la présente affaire permettrait d’obtenir une image plus fidèle, aux fins de l’impôt, de la situation financière du contribuable pour l’année en question, que ne le permettrait la déduction immédiate des dépenses, solution qu’a préférée Canderel. Même si le principe du rattachement

least partially to benefits realized entirely in the year incurred, and the taxpayer therefore should not be constrained to amortize. The method employed by Canderel was consistent both with the law and with well-accepted business principles, and gave at least as accurate a picture of the taxpayer's income as would the amortization method. Therefore, it ought not to be disturbed.

VI. Disposition

⁶⁷ For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and restore the judgment of the Tax Court of Canada. The appellant shall have its costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Goodman, Phillips & Vineberg, Montreal.

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

sera certainement utile dans certains cas, son application n'est pas nécessaire en l'espèce, car les paiements se rapportaient au moins en partie à des avantages qui se sont concrétisés entièrement dans l'année où les paiements ont été effectués, et le contribuable ne devrait pas être contraint d'amortir ceux-ci. La méthode utilisée par Canderel était compatible à la fois avec le droit et avec les principes commerciaux reconnus, et elle donnait une image au moins aussi fidèle du revenu du contribuable que l'aurait fait la méthode fondée sur l'amortissement. Par conséquent, elle n'a pas à être modifiée.

VI. Le dispositif

Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision de la Cour canadienne de l'impôt. L'appelante a droit aux dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Goodman, Phillips & Vineberg, Montréal.

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

Toronto College Park Limited *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: TORONTO COLLEGE PARK LTD. v. CANADA

File No.: 25559.

1997: December 2; 1998: February 12.

Present: Gonthier, Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Calculation of income — Rental income — Deductions — Tenant inducement payments (TIPs) — Business requirements necessitating TIPs to be made in one year — Whether TIPs deductible as running expense in that year or whether TIPs to be amortized over term of lease — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 18(1), (9).

Toronto College Park Ltd. ("TCPL"), a corporation engaged in the business of development, sale, and rental of real estate, made two tenant inducement payments (TIPs) in the ordinary course of business and for the purpose of earning income. TCPL deducted the entire cost of the TIPs from its business income for the year in which the payments were made, but its tax return was reassessed to disallow the deduction on the basis that the payments were capital in nature. The Minister of National Revenue later conceded that the payments were indeed on income account but then took the position that they were not deductible in the year paid and instead should have been deferred and amortized over the life of the respective leases: a 25-year amortization in one case, reflecting the agreed-upon 20-year lease plus a five-year renewal period, and the entire term of a second lease. The Federal Court — Trial Division allowed TCPL's appeal but this decision was reversed unanimously by the Federal Court of Appeal. At issue on this appeal was whether it was open to the taxpayer to deduct the entire amount of the TIPs from its taxable business income for the year or whether the payments should have been amortized over the terms of the leases to which they related.

Toronto College Park Limited *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: TORONTO COLLEGE PARK LTD. c. CANADA

N° du greffe: 25559.

1997: 2 décembre; 1998: 12 février.

Présents: Les juges Gonthier, Cory, Iacobucci, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu de location — Déductions — Paiements d'incitation à la location (PIL) — Impératifs commerciaux entraînant le versement de PIL au cours d'une année — Les PIL sont-ils déductibles comme dépenses courantes au cours de l'année en question ou doivent-ils être amortis sur la durée du bail? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1), 18(1), (9).

Toronto College Park Ltd. («TCPL»), société s'occupant de mise en valeur, de vente et de location d'immeubles, a effectué, dans le cours ordinaire des affaires, deux paiements d'incitation à la location (PIL) dans le but de gagner un revenu. TCPL a déduit le montant total des PIL de son revenu d'entreprise pour l'année où les paiements avaient été effectués, mais sa déclaration de revenus a fait l'objet d'une nouvelle cotisation dans laquelle la déduction a été refusée pour le motif que les PIL étaient des paiements de nature capitale. Le ministre du Revenu national a reconnu par la suite que les paiements étaient effectivement des dépenses imputables au compte de produits, mais le ministre a alors adopté la position qu'ils n'étaient pas déductibles dans l'année où ils avaient été versés et qu'ils auraient plutôt dû être reportés et amortis pendant la durée des différents baux: amortissement sur 25 ans dans le premier cas, pour tenir compte du bail convenu d'une durée de 20 ans assorti d'une période de renouvellement de cinq ans, et amortissement sur l'entière durée du bail dans le deuxième cas. La Section de première instance de la Cour fédérale a accueilli l'appel de TCPL, mais cette décision a été infirmée à l'unanimité par la Cour d'appel fédérale. Dans le présent pourvoi, il s'agit de savoir s'il était loisible au contribuable de déduire le montant total des PIL de son revenu d'entreprise imposable pour l'année ou si les paiements en question auraient dû être amortis sur la durée des baux auxquels ils se rapportaient.

Held: The appeal should be allowed.

Once it has been established that the method used by the taxpayer to compute its income for tax purposes is consistent with the provisions of the *Income Tax Act*, with the judicial interpretation of those provisions, and with the well-accepted business principles, including but not limited to the generally accepted accounting principles (GAAP) which are found to be applicable in the particular case, the only further issue to be considered is whether the income picture arrived at by the taxpayer is an accurate one. While accounting evidence is not determinative of the legal question of profit, it is certainly relevant and may in many cases be highly persuasive. The matching principle, or any other well-accepted business principle, should not be applied in defiance of the accounting evidence or of the search for an accurate picture of profit.

Here, TCPL's method of computation was not inconsistent with any express provision of the Act or case law principle and conformed with well-accepted business principles. The primary purpose of the TIPs was found to be the inducement of prospective tenants to lease space in the building. Matching is not an issue when all benefits related to an expenditure are realized in the year in which the expenditure is made and should not be applied where no linkage to future revenue has been found. Here, the amortization of the TIPs would not present even as accurate a picture of income as the method adopted by TCPL, let alone a more accurate picture. Therefore, TCPL was entitled to deduct the payments entirely in the year in which they were made.

Cases Cited

Followed: *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, rev'g [1995] 2 F.C. 232; **referred to:** *Ikea Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 196; *Cummings v. The Queen*, 81 D.T.C. 5207; *M.N.R. v. Tower Investment Inc.*, [1972] F.C. 454.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 18(1)(a), (9) [ad. 1980-81-82-83, c. 48, s. 9], (a) [*idem*], (b) [*idem*].

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Une fois qu'il est établi que la méthode utilisée par le contribuable visé pour calculer son revenu aux fins de l'impôt est compatible avec les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, avec l'interprétation de ces dispositions donnée par les tribunaux et avec les principes commerciaux reconnus — notamment les principes comptables généralement reconnus (PCGR) — qui sont jugés applicables dans l'affaire en cause, la seule question qui doit être examinée est celle de savoir si le contribuable est arrivé à une image fidèle de son revenu. Même si la preuve comptable n'est pas déterminante pour ce qui est de la question juridique du bénéfice, elle est certainement pertinente et elle peut, dans bien des cas, se révéler éminemment convaincante. Le principe du rattachement, ou tout autre principe commercial reconnu, ne devrait pas être appliqué sans égard à la preuve comptable ou à la recherche d'une image fidèle du bénéfice.

La méthode de calcul retenue par TCPL en l'espèce n'était pas incompatible avec quelque disposition expresse de la Loi ou quelque principe dégagé de la jurisprudence, et elle était conforme aux principes commerciaux reconnus. Il a été jugé que l'objet premier des PIL était d'inciter des locataires éventuels à louer des locaux dans l'immeuble. La question du rattachement ne se pose pas lorsque tous les avantages liés à une dépense se concrétisent dans l'année où cette dépense est effectuée, et le principe du rattachement ne devrait pas être appliqué dans un cas où aucun rattachement avec des revenus futurs n'a été constaté. En l'espèce, l'amortissement des PIL ne donnerait même pas une image du revenu aussi fidèle que celle produite par la méthode retenue par TCPL, et encore moins une image plus fidèle. Par conséquent, TCPL avait le droit de déduire les paiements en entier dans l'année où ils ont été effectués.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, inf. [1995] 2 C.F. 232; **arrêts mentionnés:** *Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196; *Cummings c. La Reine*, 81 D.T.C. 5207; *M.R.N. c. Tower Investment Inc.*, [1972] C.F. 454.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1), 18(1)a), (9) [aj. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 9], a) [*idem*], b) [*idem*].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1996] 3 F.C. 858, 96 D.T.C. 6407, [1996] 3 C.T.C. 94, 199 N.R. 147, [1996] F.C.J. No. 893 (QL), allowing an appeal from a judgment of Simpson J. (1993), 94 D.T.C. 6172, [1994] 1 C.T.C. 194, 71 F.T.R. 30, [1993] F.C.J. No. 1275 (QL). Appeal allowed.

Michael E. Barrack and Thomas B. Akin, for the appellant.

J. S. Gill and Elizabeth Chasson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal was heard together with those in *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, and *Ikea Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 196, and raises precisely the same issue as that in *Canderel*: for income taxation purposes, may a tenant inducement payment (“TIP”) be deducted from the taxpayer’s income entirely in the year made or incurred, or must it be amortized over the term of the lease to which it relates? Applying the reasoning in *Canderel* to this case, I have concluded that it was open to the taxpayer to deduct the entire payment immediately.

I. Facts

In 1983, Toronto College Park Ltd. (“TCPL”), a corporation engaged in the business of development, sale, and rental of real estate, suffered start-up rental losses in the amount of \$4,853,000 in respect of a new commercial building which it owned in Toronto. The building was ready for occupancy but no tenants had been secured. Also in 1983, TCPL made two TIPs: one in the amount of \$3,569,419, which was paid directly to Maclean Hunter Ltd. and expressed to be for the purpose of leasehold improvements (although there was no obligation on Maclean Hunter to use it for that purpose), and another in the amount of \$1,723,289, paid to contractors employed by the Ministry of Government Services of Ontario (the “Ministry”),

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale, [1996] 3 C.F. 858, 96 D.T.C. 6407, [1996] 3 C.T.C. 94, 199 N.R. 147, [1996] A.C.F. n° 893 (QL), qui a accueilli l’appel formé contre la décision du juge Simpson (1993), 94 D.T.C. 6172, [1994] 1 C.T.C. 194, 71 F.T.R. 30, [1993] A.C.F. n° 1275 (QL). Pourvoi accueilli.

Michael E. Barrack et Thomas B. Akin, pour l’appelante.

J. S. Gill et Elizabeth Chasson, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi — qui a été entendu en même temps que ceux interjetés dans les affaires *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, et *Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196 — pose précisément la même question que celle soulevée dans *Canderel*: aux fins de l’impôt sur le revenu, un paiement d’incitation à la location («PIL») peut-il être déduit entièrement du revenu du contribuable dans l’année où il a été engagé ou effectué ou doit-il être amorti sur la durée du bail auquel il se rapporte? Appliquant au présent cas le raisonnement suivi dans *Canderel*, j’ai conclu qu’il était loisible au contribuable de déduire le paiement en entier immédiatement.

I. Les faits

En 1983, Toronto College Park Ltd. («TCPL»), société s’occupant de mise en valeur, de vente et de location d’immeubles, a subi des pertes locatives de 4 853 000 \$ au titre de la mise en exploitation d’un nouvel immeuble commercial dont elle était propriétaire à Toronto. L’édifice était prêt à être occupé, mais on n’avait trouvé aucun locataire. Également en 1983, TCPL a effectué deux PIL: l’un au montant de 3 569 419 \$, qui a été versé directement à Maclean Hunter Ltée, censément aux fins d’apporter des améliorations locatives (même si Maclean Hunter n’avait aucune obligation de l’utiliser à cette fin), l’autre au montant de 1 723 289 \$, qui a été versé à des entrepreneurs au service du ministère des Services gouver-

for the benefit of the Ministry. It was agreed by the parties that the payments were made in the ordinary course of TCPL's business and for the purpose of earning income. Certain other payments and financial concessions were made to these recipients as well, including rent-free periods and lease pick-up costs, and TIPs were also made to other, smaller tenants.

3 TCPL deducted the entire cost of the TIPs from its 1983 business income, but its tax return was reassessed to disallow the deduction on the basis that the payments were capital in nature. It was later conceded by the Minister of National Revenue (the "Minister") that the payments were indeed on income account, but the Minister then took the position that they were not deductible in the year paid and instead should have been deferred and amortized over the life of the respective leases: in the case of Maclean Hunter, a 25-year amortization, reflecting the agreed-upon 20-year lease plus a five-year renewal period, and in the case of the Ministry, a period of 11 years and five months, the entire term of its lease. TCPL appealed the reassessment to the Federal Court — Trial Division, arguing that it was entitled to deduct the payments in full from its business income in the year in which they were made.

4 The Federal Court — Trial Division allowed TCPL's appeal, but this decision was reversed by a unanimous panel of the Federal Court of Appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

5 *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (now R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.))

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

nementaux de l'Ontario (le «ministère»), au profit du ministère. Les parties ont convenu que les paiements étaient effectués dans le cours ordinaire des affaires de TCPL et dans le but de gagner un revenu. Certains autres paiements ainsi que des concessions de nature financière ont également été consentis à ces bénéficiaires, notamment des périodes de location gratuite et des dépenses de prise en charge de bail. Des PIL ont également été versés à d'autres locataires moins importants.

TCPL a déduit le montant total des PIL de son revenu d'entreprise pour 1983, mais sa déclaration de revenus a fait l'objet d'une nouvelle cotisation dans laquelle la déduction a été refusée pour le motif que les PIL étaient des paiements de nature capitale. Le ministre du Revenu national (le «ministre») a reconnu par la suite que les paiements étaient effectivement des dépenses imputables au compte de produits, mais le ministre a alors adopté la position qu'ils n'étaient pas déductibles dans l'année où ils avaient été versés et auraient plutôt dû être reportés et amortis pendant la durée des différents baux: dans le cas de Maclean Hunter, amortissement sur 25 ans, pour tenir compte du bail convenu d'une durée de 20 ans assorti d'une période de renouvellement de cinq ans, et, dans le cas du ministère, période de 11 ans et cinq mois, c'est-à-dire l'entière durée de son bail. TCPL a interjeté appel de la nouvelle cotisation à la Section de première instance de la Cour fédérale, plaidant qu'elle avait le droit de déduire les paiements en entier de son revenu d'entreprise dans l'année où ils avaient été effectués.

La Section de première instance de la Cour fédérale a accueilli l'appel de TCPL, mais cette décision a été infirmée à l'unanimité par la Cour d'appel fédérale.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.))

9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

18. (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from the business or property;

. . .

(9) Notwithstanding any other provision of this Act,

(a) in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property (other than income from a business computed in accordance with the method authorized by subsection 28(1)), no deduction shall be made in respect of an outlay or expense to the extent that it can reasonably be regarded as having been made or incurred

(i) as consideration for services to be rendered after the end of the year,

(ii) as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of, interest, taxes . . . , rent or royalty in respect of a period after the end of the year, or

(iii) as consideration for insurance in respect of a period after the end of the year . . . ;

(b) such portion of each outlay or expense made or incurred as would, but for paragraph (a), have been deductible in computing a taxpayer's income for a taxation year shall be deductible in computing his income for the subsequent year to which it can reasonably be considered to relate. . .

III. Judicial History

1. *Federal Court — Trial Division* (1993), 71 F.T.R. 30

Simpson J. began by reviewing the decision in *Cummings v. The Queen*, 81 D.T.C. 5207, where the Federal Court of Appeal decided that a lease pick-up payment made by the taxpayer was made on income account and constituted a "running expense" which was fully deductible in the year in which it was made. Also in that decision, Heald J.A. referred to certain TIPS as analogous to lease pick-ups. Simpson J. rejected the Minister's contention that *Cummings* was predicated on the

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

. . .

(9) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi,

a) dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition tiré d'une entreprise ou d'un bien (à l'exclusion du revenu tiré d'une entreprise calculé selon la méthode permise par le paragraphe 28(1)), il n'est accordé aucune déduction au titre d'un débours ou d'une dépense dans la mesure où ils peuvent raisonnablement être considérés comme faits ou engagés

(i) en contrepartie de services à être rendus après la fin de l'année,

(ii) à l'égard, au titre ou en paiement intégral ou partiel d'intérêts, d'impôts ou taxes [. . .], de loyer ou de redevances visant une période postérieure à la fin de l'année, ou

(iii) en contrepartie d'assurance visant une période postérieure à la fin de l'année [. . .];

b) la fraction de chaque débours ou dépense faits ou engagés qui, sans l'alinéa a), aurait été déductible lors du calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, est déductible lors du calcul de son revenu pour l'année postérieure à laquelle elle peut raisonnablement se rapporter. . .

III. L'historique procédurale

1. *Section de première instance de la Cour fédérale* (1993), 71 F.T.R. 30

Le juge Simpson a commencé par examiner l'arrêt *Cummings c. La Reine*, 81 D.T.C. 5207, où la Cour d'appel fédérale a statué qu'un paiement effectué par le contribuable pour prise en charge de bail était une dépense imputable au compte de produits et constituait une «dépense courante», déductible en entier dans l'année où il était fait. De plus, dans cet arrêt, le juge Heald a dit que certains PIL étaient analogues à des paiements faits pour prise en charge de bail. Le juge Simpson a rejeté l'argu-

impossibility of matching the payments there considered with future lease revenues because the property in question had been sold, and that the case should therefore serve as a precedent only in situations where matching cannot occur, noting that nowhere in his reasons did Heald J.A. make any reference to the impossibility of matching as a factor. As for the argument that *Cummings* should be restricted only to lease pick-up cases, Simpson J. acknowledged that the comments regarding other types of TIPs were *obiter dicta*, but identified three general propositions for which she took *Cummings* to stand: (1) TIPs may in some cases be classified as running expenses; (2) running expenses may, in some cases, be deducted in the year of the expense; and (3) the matching principle does not apply to running expenses.

7 Thus, Simpson J. was of the opinion that the proper approach in this and similar cases was first to determine whether the expense in question was a running expense, which could not be allocated to a specific item of revenue. If so, then it must be decided whether the expense was on current account or whether the benefit extended beyond the year of payment even though it could not be matched. If it so extended, then the taxpayer would have the option either to deduct the expense from income in the year it was made, or to defer the deduction if such deduction were in accordance with generally accepted accounting principles ("GAAP") and would yield a truer income picture.

8 In the circumstances of this case, Simpson J. found the TIPs to be running expenses, as there was no evidence that the final rent charged included specific amounts attributable to such payments. Further, because their primary objective, the inducement of tenants to rent space in the building, was achieved in the year of the expenses, the TIPs were to be considered current expenses. Therefore, because she saw no obligation imposed either by the case law or by the *Income Tax Act*

ment du ministre que *Cummings* reposait sur l'impossibilité de rattacher les paiements en cause à d'éventuels revenus de location parce que le bien visé avait été vendu, et que cet arrêt ne devrait donc servir de précédent que dans les cas où le rattachement est impossible, soulignant qu'à nulle part dans ses motifs le juge Heald n'avait fait état de l'impossibilité du rattachement en tant que facteur. Quant à l'argument selon lequel l'application de l'arrêt *Cummings* devrait être limitée aux seules affaires de prise en charge de bail, le juge Simpson a reconnu que les commentaires concernant d'autres types de PIL étaient des remarques incidentes, mais elle a énoncé trois propositions générales qui, selon elle, pouvaient être dégagées de l'arrêt *Cummings*: (1) les PIL peuvent, dans certains cas, être considérés comme des dépenses courantes; (2) des dépenses courantes peuvent, dans certains cas, être déduites dans l'année où elles sont faites; (3) le principe du rattachement ne s'applique pas aux dépenses courantes.

En conséquence, le juge Simpson était d'avis que la bonne approche en l'espèce et dans les affaires analogues consistait d'abord à déterminer si la dépense en question était une dépense courante, qui ne pouvait pas être imputée à un poste de revenu précis. Si oui, il fallait alors décider si la dépense devait être imputée au compte courant ou si l'avantage s'étendait au-delà de l'année du paiement même s'il ne pouvait y avoir de rattachement. Si l'avantage s'étendait ainsi, le contribuable aurait alors le choix de déduire la dépense de son revenu pour l'année où elle a été faite ou de reporter la déduction si elle était conforme aux principes comptables généralement reconnus («PCGR») et donnait une image plus fidèle du revenu.

Dans les circonstances du présent cas, le juge Simpson a conclu que les PIL étaient des dépenses courantes, étant donné qu'il n'y avait aucune preuve que le loyer exigé en fin de compte comportait des sommes spécifiquement attribuables à ces paiements. De plus, comme leur objectif principal, c'est-à-dire le fait d'inciter des locataires à louer des locaux dans l'immeuble, avait été réalisé au cours de l'année où les dépenses ont été effectuées, les PIL devaient être considérés comme des

(the "Act") to defer the deduction of a current running expense, Simpson J. allowed the complete deduction of the expense in the 1983 taxation year.

Although the parties had agreed that no argument would be directed at which method of accounting provided a truer picture of income, Simpson J. found that "the search for a truer picture is not relevant in the case of a running expense which the taxpayer does not elect to defer".

2. *Federal Court of Appeal (Robertson J.A., for the court)*, [1996] 3 F.C. 858

Robertson J.A. began by noting that two years after the trial decision in the instant case, the Federal Court of Appeal rendered its decision in *Canada v. Canderel Ltd.*, [1995] 2 F.C. 232. In that case, it was decided that TIPs are not running expenses, as they relate to a particular source of income and, therefore, can and must be matched to such income for tax purposes. He pointed out at para. 2 that in *Canderel*, the court distinguished *Cummings, supra*, "on the basis that the characterization therein of a lease-pick up payment as a running expense was *obiter*".

The Minister argued that, applying the law as stated in *Canderel*, TCPL was clearly not entitled to deduct the entire amount of the TIPs in the year in which they were paid. In response to TCPL's argument that *Canderel* was wrongly decided because the effect of s. 18(9) of the Act (which requires the amortization of certain prepaid expenses but not TIPs) was not considered, Robertson J.A. began by considering TCPL's understanding of the law as it stood before *Canderel*. TCPL had maintained that prior to this decision, taxpayers were not, as a general rule, required to defer and amortize current expenses, that the general rule was one of full deductibility in the year the expense is incurred and made, and that this general rule was now codified in s. 18(9), which

dépenses courantes. Par conséquent, comme, à son avis, ni la jurisprudence ni la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la «Loi») ne faisaient l'obligation de reporter la déduction d'une dépense courante, le juge Simpson a autorisé la déduction complète de la dépense pour l'année d'imposition 1983.

Même si les parties avaient convenu de ne présenter aucun argument concernant la méthode comptable susceptible de fournir l'image la plus fidèle du revenu, le juge Simpson a conclu que «la recherche d'une représentation plus exacte n'est guère pertinente s'agissant d'une dépense courante que le contribuable ne choisit pas de reporter».

2. *Cour d'appel fédérale (le juge Robertson, au nom de la cour)*, [1996] 3 C.F. 858

Le juge Robertson a d'abord souligné que, deux ans après la décision du tribunal de première instance en l'espèce, la Cour d'appel fédérale a prononcé l'arrêt *Canada c. Canderel Ltée*, [1995] 2 C.F. 232, où il a été jugé que les PIL ne constituent pas des dépenses courantes, puisque ces paiements se rapportent à une source précise et qu'ils peuvent et doivent, par conséquent, être rattachés à ce revenu aux fins de l'impôt. Il a signalé, au par. 2, que dans *Canderel* la cour avait fait une distinction avec la situation qui était en cause dans l'arrêt *Cummings*, précité, «en arguant que le fait de qualifier de dépense courante un paiement pour reprise de bail était une opinion incidente».

Le ministre a plaidé que, si on appliquait le droit tel qu'il a été énoncé dans *Canderel*, TCPL n'avait manifestement pas le droit de déduire le montant total des PIL dans l'année où ils ont été versés. En réponse à l'argument de TCPL que l'arrêt *Canderel* était mal fondé parce qu'on n'avait pas tenu compte de l'effet du par. 18(9) de la Loi (qui exige l'amortissement de certaines dépenses payées d'avance, mais non des PIL), le juge Robertson s'est d'abord demandé comment TCPL avait interprété l'état du droit avant *Canderel*. TCPL avait soutenu qu'avant cet arrêt les contribuables n'étaient pas tenus, en règle générale, de reporter et d'amortir les dépenses courantes, que la règle générale était l'entière déductibilité des dépenses dans l'année où elles étaient effectuées ou enga-

9

10

11

also enumerates specific exceptions thereto. However, Robertson J.A. rejected the submission that if amortization of TIPs were automatically required under *Canderel*, s. 18(9) would become redundant. Specifically, he disputed the suggestion that the provision was intended to codify this “general rule”, finding instead that it was a specific clarification by Parliament of certain prepaid expenses which are required to be amortized.

12 Additionally, in the view of Robertson J.A. at para. 10:

... it does not follow that the promulgation of a judicial exception to a rule has the effect of rendering the statutory exceptions redundant. At most, it could be said that *Canderel* had the effect of adding another exception to the statutory list of expenses which require amortization.

13 Robertson J.A. acknowledged that, if TCPL’s argument was premised on the assumption that the prepaid expenses specified in s. 18(9) and the TIPs here at issue fell into the same category, i.e., “non-running expenses”, then it could be argued that *Canderel* therefore stood for the proposition that expenses which can be matched must be amortized and, in this light, that there would have been no need for s. 18(9) to list specific expenses which met this criterion. However, he did not accept that the expenses dealt with by the statutory provision could be classified as non-running expenses. Indeed, in his view (at para. 11), “simply because an expense can be amortized does not mean it can be matched” and the expenses enumerated in s. 18(9), prepaid rents and prepaid service contracts, were good examples of non-matchable expenses which could nonetheless be amortized. Accordingly, he found that the decision in *Canderel* did not render s. 18(9) meaningless.

14 As to the argument that the Minister failed to establish that the deferral and amortization of the TIPs provided a truer picture of TCPL’s net income than immediate deduction, a burden of

gées et que cette règle générale était maintenant codifiée au par. 18(9), qui énumère également certaines exceptions précises à la règle. Cependant, le juge Robertson a rejeté l’argument voulant que, si l’arrêt *Canderel* avait pour effet d’exiger automatiquement l’amortissement des PIL, le par. 18(9) deviendrait superflu. Plus précisément, il a rejeté l’affirmation selon laquelle la disposition visait à codifier cette «règle générale», concluant plutôt qu’il s’agissait d’une précision apportée par le législateur à l’égard de certaines dépenses payées d’avance qui doivent être amorties.

De plus, d’affirmer le juge Robertson, au par. 10:

... il ne s’ensuit pas que la publication d’une exception judiciaire à une règle soit de nature à rendre superflues les exceptions que prévoit la loi. On peut dire, tout au plus, que la décision prise dans ladite affaire a eu pour effet d’ajouter une exception à la liste des dépenses que la loi assujettit à la méthode d’amortissement.

Le juge Robertson a reconnu que, si l’argument de TCPL reposait sur l’hypothèse que les dépenses payées d’avance mentionnées au par. 18(9) et les PIL visés en l’espèce entrent dans la même catégorie, c.-à-d. les «dépenses non courantes», il serait alors possible de prétendre que l’arrêt *Canderel* étaye la proposition selon laquelle les dépenses susceptibles de rattachement doivent être amorties et, partant, qu’il n’aurait pas été nécessaire d’énumérer au par. 18(9) des dépenses précises satisfaisant à ce critère. Toutefois, il n’a pas admis que les dépenses visées par la disposition législative puissent être qualifiées de dépenses non courantes. De fait, à son avis (au par. 11), «le simple fait qu’une dépense soit amortissable ne signifie pas qu’elle [est susceptible de rattachement]», et les dépenses énumérées au par. 18(9), les loyers payés d’avance et les contrats de service payés d’avance, étaient de bons exemples de dépenses non susceptibles de rattachement mais néanmoins amortissables. Par conséquent, il a conclu que l’arrêt *Canderel* ne rendait pas inutile le par. 18(9).

Quant à l’argument selon lequel le ministre n’avait pas établi que le report et l’amortissement des PIL donnaient une image plus fidèle du revenu net de TCPL que leur déduction immédiate, charge

proof which was said to arise from the Minister's initial characterization of the payments as capital expenses for the purposes of the reassessment, Robertson J.A. observed that the analysis in *Canderel* did not require a determination of which of the various acceptable options under GAAP was most accurate. Rather, it established that if an expense can be matched with a specific source of revenue, then it must be amortized. In that case, the court held that TIPs could be so matched and, according to Desjardins J.A. at p. 270, that "[t]he amortization method is the only method acceptable for income tax purposes". This proposition was wholly unaffected by any expert evidence as to which would be the preferable method of accounting under GAAP, as the calculation of "profit" for income tax purposes is a question of law.

Finally, Robertson J.A. held that in amortizing the TIP paid to Maclean Hunter over the period of its lease, the relevant period would be the initial period of the lease, not including the renewal period. Because the option to renew was within the exclusive control of the tenant, it would be mere speculation as to whether the renewal option would ever be exercised and therefore the TIP should be matched with revenues only for the term during which the tenant had an existing obligation to pay rent.

Therefore, the appeal was allowed and the matter remitted back to the Minister for reconsideration and reassessment.

IV. Issue

Was it open to the taxpayer to deduct the entire amount of the TIPs from its taxable business income in 1983, or should the payments have been amortized over the terms of the leases to which they related?

de la preuve qui, a-t-on affirmé, découlait du fait que le ministre avait au départ qualifié les paiements de dépenses en immobilisations pour les fins de la nouvelle cotisation, le juge Robertson a fait remarquer que l'analyse présentée dans l'arrêt *Canderel* n'exigeait pas que l'on décide laquelle des différentes solutions acceptables en vertu des PCGR était la plus appropriée. Cette analyse a plutôt établi que, si une dépense peut être rattachée à une source de revenu précise, elle doit alors être amortie. Dans cette affaire, la cour a statué que les PIL pouvaient être ainsi rattachés et, selon le juge Desjardins, à la p. 270, «[l]a méthode de la prise en charge par amortissement est la seule méthode acceptable aux fins de l'impôt sur le revenu». Cette proposition n'a aucunement été altérée par quelque témoignage d'expert concernant la méthode comptable qui serait préférable en vertu des PCGR, car le calcul du «bénéfice» aux fins de l'impôt sur le revenu est une question de droit.

En dernier lieu, le juge Robertson a statué que, pour ce qui concerne l'amortissement du PIL versé à Maclean Hunter sur la durée de son bail, la période pertinente serait le bail initial, exclusion faite de la période de renouvellement. Comme la décision de renouveler le bail appartenait exclusivement au locataire, la question de savoir si la faculté de renouvellement serait jamais exercée relevait de la pure conjecture, et donc le PIL ne devrait être rattaché aux revenus que pour la période pendant laquelle le locataire avait une obligation existante de payer le loyer.

Par conséquent, l'appel a été accueilli et l'affaire renvoyée au ministre pour réexamen et nouvelle cotisation.

IV. La question en litige

Était-il loisible au contribuable de déduire le montant total des PIL de son revenu d'entreprise imposable pour l'année 1983, ou les paiements en question auraient-ils dû être amortis sur la durée des baux auxquels ils se rapportaient?

15

16

17

V. Analysis

1. *General Principles of Profit Computation*

18 In *Canderel*, I set out an analysis of the general method to be followed by taxpayers in computing their income for a particular taxation year. I do not propose to repeat that discussion here. For ease of reference, however, I reproduce here the summary provided therein at para. 53 of the general principles of profit computation:

- (1) The determination of profit is a question of law.
- (2) The profit of a business for a taxation year is to be determined by setting against the revenues from the business for that year the expenses incurred in earning said income: *M.N.R. v. Irwin, supra, Associated Investors, supra*.
- (3) In seeking to ascertain profit, the goal is to obtain an accurate picture of the taxpayer's profit for the given year.
- (4) In ascertaining profit, the taxpayer is free to adopt any method which is not inconsistent with
 - (a) the provisions of the *Income Tax Act*;
 - (b) established case law principles or "rules of law"; and
 - (c) well-accepted business principles.
- (5) Well-accepted business principles, which include but are not limited to the formal codification found in GAAP, are not rules of law but interpretive aids. To the extent that they may influence the calculation of income, they will do so only on a case-by-case basis, depending on the facts of the taxpayer's financial situation.
- (6) On reassessment, once the taxpayer has shown that he has provided an accurate picture of income for the year, which is consistent with the Act, the case law, and well-accepted business principles, the onus shifts to the Minister to show either that the figure provided does not represent an accurate picture, or that another method of computation would provide a more accurate picture. [Emphasis in original.]

19 In *Canderel*, this Court set aside the Federal Court of Appeal's decision in *Canderel* because of

V. L'analyse

1. *Les principes généraux de calcul du bénéfice*

Dans *Canderel*, j'ai analysé la méthode générale que les contribuables doivent suivre dans le calcul de leur revenu pour une année d'imposition donnée. Je ne me propose pas de refaire cette analyse en l'espèce. Toutefois, pour en faciliter la consultation, je vais reproduire le résumé que j'y ai fait, au par. 53, des principes généraux de calcul du bénéfice:

- (1) La détermination du bénéfice est une question de droit.
- (2) Le bénéfice tiré d'une entreprise pour une année d'imposition est déterminé en déduisant des revenus tirés de l'entreprise pour l'année en question les dépenses engagées pour gagner ces revenus: *M.N.R. c. Irwin, précité, Associated Investors, précité*.
- (3) Dans la détermination du bénéfice, l'objectif est d'obtenir une image fidèle du bénéfice du contribuable pour l'année visée.
- (4) Dans la détermination du bénéfice, le contribuable est libre d'adopter toute méthode qui n'est pas incompatible avec:
 - a) les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;
 - b) les principes dégagés de la jurisprudence ou les «règles de droit» établis;
 - c) les principes commerciaux reconnus.
- (5) Les principes commerciaux reconnus, notamment ceux codifiés formellement dans les PCGR, ne sont pas des règles de droit mais des outils d'interprétation. Dans la mesure où ils peuvent influencer le calcul du revenu, ils ne le feront qu'au cas par cas, selon les faits relatifs à la situation financière du contribuable.
- (6) En cas de nouvelle cotisation, une fois que le contribuable a prouvé qu'il a donné une image fidèle de son revenu pour l'année, image qui est compatible avec la Loi, la jurisprudence et les principes commerciaux reconnus, il incombe alors au ministre de prouver que le chiffre fourni ne donne pas une image fidèle ou qu'une autre méthode de calcul fournirait une image plus fidèle. [Souligné dans l'original.]

Dans *Canderel*, notre Cour a annulé l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans cette

its inappropriate treatment of the matching principle of accounting as a rule of law. As this Court made clear in its reasons, it is for Parliament, not the courts, to make such rules of law. Therefore, the analytical framework employed by the Court of Appeal in the instant case, to the extent that it applied the matching principle without regard to its actual effect on the portrayal of the taxpayer's income, was clearly erroneous. The crucial question in such a case where the method of profit computation is at issue is whether the method adopted by the taxpayer yielded an accurate picture of its profit for tax purposes. If so, then the onus shifts to the Minister to prove the propriety of the alternative method contended for, as above.

In light of this analysis, then, I now turn to consider the particular circumstances of the instant appeal.

2. Application of General Principles to this Case

As in *Canderel*, it is clear that the method of computation adopted by TCPL in this case was not inconsistent with any express provision of the Act, and was also in accordance with the treatment of TIPs in the case law: see *Cummings, supra*; see also *M.N.R. v. Tower Investment Inc.*, [1972] F.C. 454 (T.D.).

As to the question of conformity with well-accepted business principles, it is, in my opinion, determinative that the trial judge in the instant case found that the primary purpose of the TIPs was to achieve a benefit which was realized entirely in 1983: the inducement of prospective tenants to lease space in the building. This being the case, and I can find no reason, on the evidence, to dispute this finding, the amortization of the payments over the terms of the various leases would seem to make little sense. The most that can be said in favour of the matching principle is that in cases where expenses can be related directly to specific items of future revenue, it may yield a more accu-

affaire parce que la cour a à tort traité le principe comptable du rattachement comme une règle de droit. Comme l'a clairement indiqué notre Cour dans ses motifs, c'est au législateur et non aux tribunaux qu'il appartient d'établir de telles règles de droit. Par conséquent, le cadre d'analyse utilisé par la Cour d'appel en l'espèce — dans la mesure où elle a appliqué le principe du rattachement sans égard à son effet concret sur la description du revenu du contribuable — était manifestement erroné. La question cruciale dans une affaire où la méthode de calcul du bénéfice est en cause consiste à se demander si la méthode retenue par le contribuable a donné, aux fins de l'impôt, une image fidèle de son bénéfice. Si la réponse est affirmative, c'est alors au ministre qu'il incombe de prouver le bien-fondé de l'autre méthode proposée, comme il est indiqué plus haut.

À la lumière de cette analyse, je vais maintenant examiner les circonstances particulières du présent pourvoi.

2. L'application des principes généraux au présent cas

Tout comme dans *Canderel*, il est clair, d'une part, que la méthode de calcul retenue par TCPL en l'espèce n'était pas incompatible avec quelque disposition expresse de la Loi, et, d'autre part, qu'elle était également conforme à la façon dont les PIL sont traités dans la jurisprudence: voir *Cummings, précité*; voir également *M.R.N. c. Tower Investment Inc.*, [1972] C.F. 454 (1^{re} inst.).

Quant à la question de la conformité avec les principes commerciaux reconnus, il est à mon avis déterminant que le juge de première instance ait conclu, en l'espèce, que l'objet premier des PIL était d'obtenir un avantage qui s'est concrétisé entièrement en 1983: savoir inciter des locataires éventuels à louer des locaux dans l'immeuble. Cela étant, et je ne vois dans la preuve aucune raison de contester cette conclusion, il y aurait semble-t-il peu de sens à amortir les paiements sur la durée des différents baux. Le mieux qu'on puisse dire en faveur du principe du rattachement est que, dans les cas où les dépenses peuvent être rattachées directement à des postes précis de revenus futurs,

20

21

22

rate picture of income to offset the expenses against the future revenue, notwithstanding that the actual expenditures were made or incurred in another year. This is not always the case, however, and the matching principle certainly should not be applied in a case such as the present one, where no linkage to future revenue has been found.

23 Indeed, this is even a stronger case for immediate deduction than *Canderel*, where the trial judge found several different benefits yielded by the TIPs, some of which were realized in the year of the expenditure and some over the term of the lease. Matching is simply not an issue when all benefits related to an expenditure are realized in the year in which the expenditure is made.

24 In light of the decision of this Court in *Canderel*, I obviously cannot agree with the Court of Appeal's holding that the matching principle is to be applied irrespective of accounting evidence or of the search for an accurate picture of the taxpayer's income. With respect, the accuracy of the income picture is the only issue to be considered, once it has been established that the method used by the taxpayer to arrive at this picture is consistent with the provisions of the Act, with the judicial interpretation thereof, and with the well-accepted business principles, including but not limited to GAAP, which are found to be applicable in the particular case. While accounting evidence is not determinative of the legal question of profit, it is certainly relevant and may in many cases be highly persuasive. The approach taken by the Court of Appeal is, in my view, unsupported by any previous authority other than its own decision in *Canderel*, which has now been set aside.

25 I have not been persuaded by the Minister that the amortization of the TIPs would present even as accurate a picture of income as the method adopted

le fait d'appliquer des dépenses à des revenus futurs peut donner une image plus fidèle du revenu, même si les dépenses en question ont été effectuées ou engagées au cours d'une autre année. Ce n'est toutefois pas toujours le cas, et le principe du rattachement ne devrait certes pas être appliqué dans un cas comme celui qui nous occupe, où aucun rattachement avec des revenus futurs n'a été constaté.

En effet, la présente affaire est un cas encore plus favorable à l'application de la déduction immédiate que l'affaire *Canderel*, où le juge de première instance avait conclu que les PIL entraînaient plusieurs avantages différents, dont certains avaient été obtenus durant l'année où la dépense avait été effectuée et d'autres pendant la durée du bail. La question du rattachement ne se pose tout simplement pas lorsque tous les avantages liés à une dépense se concrétisent dans l'année où cette dépense est effectuée.

À la lumière de l'arrêt *Canderel* de notre Cour, je ne puis évidemment pas être d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le principe du rattachement doit être appliqué sans égard à la preuve comptable ou à la recherche d'une image fidèle du revenu du contribuable. En toute déférence, la fidélité de l'image du revenu est la seule question qui doit être examinée, une fois qu'il a été établi que la méthode utilisée par le contribuable pour produire cette image est compatible avec les dispositions de la Loi, avec l'interprétation de celle-ci donnée par les tribunaux et avec les principes commerciaux reconnus — notamment les PCGR — qui sont jugés applicables dans le cas en question. Même si la preuve comptable n'est pas déterminante pour ce qui est de la question juridique du bénéficiaire, elle est certainement pertinente et elle peut, dans bien des cas, se révéler éminemment convaincante. À mon avis, l'approche adoptée par la Cour d'appel n'est étayée par aucun précédent si ce n'est sa propre décision dans l'affaire *Canderel*, décision qui a maintenant été annulée.

Le ministre ne m'a pas convaincu que l'amortissement des PIL donnerait même une image du revenu aussi fidèle que celle produite par la

by TCPL, let alone a more accurate picture. Therefore, I conclude that TCPL was entitled to deduct the payments entirely in 1983, the year in which they were made.

In light of this conclusion, it is unnecessary to consider the question of what the appropriate term of amortization would be. However, I would nonetheless indicate my agreement with the holding of Robertson J.A. in this regard. Because the renewal period was speculative and exercisable at the sole option of the tenant, it would not be proper to include it as part of the period over which the TIP was to be amortized. Only the initial term of the lease, to which both parties were contractually bound, should be taken into account for the purposes of amortization.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and restore the judgment of the Federal Court — Trial Division. The appellant shall have its costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Toronto.

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

méthode retenue par TCPL, et encore moins une image plus fidèle. Je conclus donc que TCPL avait le droit de déduire les paiements en entier en 1983, année où ils ont été effectués.

Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de se demander quelle serait la période d'amortissement appropriée. Cependant, je dirais néanmoins que je souscris à la conclusion du juge Robertson à cet égard. Comme la période de renouvellement relevait de la conjecture et que la faculté de renouveler le bail était exerçable au seul gré du locataire, il ne conviendrait pas d'inclure cette période dans la période sur laquelle le PIL devait être amorti. Seule la période initiale du bail, à laquelle les deux parties étaient liées par contrat, devrait être prise en considération aux fins de l'amortissement.

VI. Le dispositif

Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel fédérale et de rétablir le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale. L'appelante a droit aux dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: McCarthy Tétrault, Toronto.

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

Ikea Limited *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: IKEA LTD. v. CANADA

File No.: 25674.

1997: December 2; 1998: February 12.

Present: Gonthier, Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Calculation of income — Receipt of tenant inducement payment (“TIP”) — Whether TIP to be treated as revenue or as a capital receipt — If revenue, whether to be included in income entirely in the year received or amortized over the period of the lease — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 9(1) — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Suppl.), s. 12(1)(x).

In an agreement dated six days after the original lease, Ikea became entitled to receive a tenant inducement payment (“TIP”) from its landlord. The agreement clearly and unequivocally stipulated that this payment was to induce Ikea to lease the premises and that no obligation was placed upon Ikea to use the money for any particular purpose. The payment was to be made to Ikea within seven days of its taking possession of and commencing business operations in the premises.

Ikea did not include the entire TIP in its income for the 1986 year for the purposes of its financial statements and instead amortized it over the period of the lease. It also offset a portion of the TIP against the cost of fixtures for the leased premises which were reflected as capital assets and which would have been depreciated over approximately the same time period used to amortize the balance of the TIP. In filing its tax return for 1986, however, Ikea neither reduced the cost of fixtures by the offset portion of the TIP nor included any portion of the TIP in its income, owing to its belief that, for tax purposes, the payment constituted a capital receipt rather than taxable revenue. In reassessing Ikea, the Minister required that the TIP be included in income entirely in the 1986 taxation year. On appeal by Ikea, the Tax Court of Canada agreed with the Minister that

Ikea Limited *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: IKEA LTD. c. CANADA

N° du greffe: 25674.

1997: 2 décembre; 1998: 12 février.

Présents: Les juges Gonthier, Cory, Iacobucci, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Réception d'un paiement d'incitation à la location («PIL») — Le PIL doit-il être considéré comme un revenu ou comme une rentrée de capital? — S'il s'agit d'un revenu, doit-il être inclus en entier dans les revenus de l'année où il a été reçu ou être amorti sur la durée du bail? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1) — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 12(1)(x).

En vertu d'un accord daté de six jours après le bail original, Ikea a acquis le droit à un paiement d'incitation à la location («PIL») de la part de son locateur. Cet accord stipulait de façon claire et non équivoque que le paiement avait pour objet d'inciter Ikea à louer les locaux, et que cette dernière n'avait aucune obligation d'affecter cette somme à quelque fin particulière que ce soit. Le paiement devait être fait à Ikea dans les sept jours suivant le début de l'exploitation de son entreprise dans les locaux.

Dans ses états financiers, Ikea n'a pas inclus le PIL en entier dans son revenu pour l'exercice 1986, mais l'a plutôt amorti sur la durée du bail. Elle a aussi appliqué une partie du PIL au paiement du coût des agencements des locaux loués, qui étaient traités comme des biens immobilisés et dont le coût aurait été amorti sur à peu près la même période que l'a été le solde du PIL. Dans sa déclaration de revenus de 1986, Ikea n'a toutefois ni réduit le coût des agencements de la somme venant du PIL ni inclus quelque portion que ce soit de ce paiement dans son revenu. Ce traitement reflétait son opinion que, pour les fins de l'impôt, le paiement constituait une rentrée de capital plutôt qu'un revenu imposable. Dans la nouvelle cotisation transmise à Ikea, le ministre a exigé que le PIL soit inclus en entier dans le revenu de l'année d'imposition 1986. Dans le cadre de l'appel interjeté par

the TIP represented income and not a capital receipt, and also that the amount was required to be included in income wholly in the year of receipt. This decision was affirmed by a unanimous judgment of the Federal Court of Appeal. Two issues arose on this appeal: whether the TIP was to be treated for tax purposes as revenue or as a capital receipt, and if revenue, whether it should have been included in income entirely in the year received or amortized over the period of the lease of which it was the catalyst.

Held: The appeal should be dismissed.

A payment made as a reimbursement for the cost of capital property is to be treated as a capital receipt for tax purposes and one made as a reimbursement for an expense or reimbursement of a loss on revenue account is to be treated as income. Thus, had the payment been made by Ikea for the purpose of acquiring the lease, a capital asset, it would have been a capital payment. However, two simultaneous acquisitions by the same party (the lease and the cash payment) need not be characterized in the same way for tax purposes simply because they are related to the same transaction. Indeed, the desirability of an accurate picture of income inherently outweighs the possible inconvenience of an asymmetrical result in the occasional case.

The receipt of a TIP is an “integral element” of the day-to-day costs of business operations and can be properly viewed as another favourable condition, an additional benefit received as an incident of the lease negotiated. Here, the TIP was on revenue account and should have been included in income for tax purposes. The payment was clearly received as part of ordinary business operations and was, in fact, inextricably linked to such operations. No question of linkage to a capital purpose could seriously be entertained. Whether the TIP represented a reduction in rent or a payment in consideration of Ikea’s assumption of its various obligations under the lease, it could clearly not be treated as a capital receipt and should have been included in income.

The TIP was taxable in the year received. The “realization principle”, which holds that an amount may have

Ikea, la Cour canadienne de l’impôt a souscrit au point de vue du ministre que le PIL constituait un revenu et non une rentrée de capital, et que cette somme devait être incluse en entier dans le revenu de l’année où elle avait été reçue. Cette décision a été confirmée par un arrêt unanime de la Cour d’appel fédérale. Le présent pourvoi soulève deux questions: Premièrement, le PIL devait-il, pour les fins de l’impôt sur le revenu, être traité comme un revenu ou comme une rentrée de capital? Deuxièmement, s’il s’agissait d’un revenu, devait-il être entièrement inclus dans l’année où il a été reçu ou devait-il être amorti sur la durée du bail dont il a favorisé la signature?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Un paiement fait à titre de remboursement du coût d’un bien immobilisé doit être traité comme une rentrée de capital aux fins de l’impôt et un paiement fait à titre de remboursement d’une dépense ou de compensation pour une perte imputable au compte de produits doit être traité comme un revenu. Il s’ensuit que, si le paiement en question avait été fait par Ikea pour acquérir le bail, un bien immobilisé, il aurait constitué un paiement en capital. Cependant, deux acquisitions simultanées par la même partie (le bail et le paiement en espèce) ne doivent pas nécessairement être qualifiées de la même façon aux fins de l’impôt simplement parce qu’elles se rapportent à la même opération. De fait, l’intérêt d’obtenir une image fidèle du revenu l’emporte intrinsèquement sur les inconvénients possibles qu’entraînerait le fait d’aboutir à l’occasion à un résultat asymétrique dans une autre affaire.

La réception d’un PIL fait «partie intégrale» de tout l’aspect des frais d’exploitation quotidiens et peut à juste titre être considérée comme une condition favorable dans le cadre de la signature d’un bail, un avantage supplémentaire reçu accessoirement au bail négocié. En l’espèce, le PIL relevait du compte de produits et aurait dû être inclus dans le revenu aux fins de l’impôt. Le paiement a clairement été reçu dans le cadre d’activités commerciales ordinaires et, dans les faits, il était inextricablement lié à ces activités. On ne peut sérieusement prétendre que ce paiement avait un rapport avec une fin de nature capitale. Que le PIL ait représenté une réduction du loyer ou un paiement fait en contrepartie de l’exécution par Ikea de ses diverses obligations aux termes du bail, il ne peut manifestement pas être considéré comme une rentrée de capital et il aurait dû être inclus dans le revenu.

Le PIL est imposable dans l’année où il a été reçu. Le «principe de réalisation», qui tient compte du fait

the quality of income even though it is not actually received by the taxpayer but only "realized" in accordance with the accrual method of accounting, is well established in the jurisprudence. Amounts received or realized free of conditions or restrictions upon their use are therefore taxable in the year realized, subject to any contrary provision of the Act or other rule of law. Here, the taxpayer's right to the TIIP accrued immediately upon the assumption of its contractual obligations, and thus could not properly be said to relate to future expenditures. In such a case, unless otherwise specified by the inducement agreement and in the absence of statutory or case law authority to the contrary, the realization approach gives a more accurate picture of the taxpayer's income.

Cases Cited

Considered: *The Queen v. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd.*, 90 D.T.C. 6607; *St. John Dry Dock & Shipbuilding Co. v. M.N.R.*, [1944] Ex. C.R. 186; *IBM Canada Ltd. v. M.N.R.*, 93 D.T.C. 1266; *French Shoes Ltd. v. The Queen*, 86 D.T.C. 6359; **referred to:** *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147; *Toronto College Park Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 183; *Neonex International Ltd. v. The Queen*, 78 D.T.C. 6339; *Oxford Shopping Centres Ltd. v. The Queen*, 79 D.T.C. 5458; *Associated Investors of Canada Ltd. v. M.N.R.*, 67 D.T.C. 5096; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Corporation of Birmingham v. Barnes*, [1935] A.C. 292; *The Queen v. Canadian Pacific Ltd.*, 77 D.T.C. 5383; *Consumers' Gas Co. v. The Queen*, 82 D.T.C. 6300; *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124; *Woodward Stores Ltd. v. The Queen*, 91 D.T.C. 5090; *Suzy Creamcheese (Canada) Ltd. v. The Queen*, 92 D.T.C. 6291; *Kenneth B. S. Robertson Ltd. v. M.N.R.* (1944), 2 D.T.C. 655; *Westfair Foods Ltd. v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 146; *Charles Brown & Co. v. Commissioners of Inland Revenue* (1930), 12 T.C. 1256; *Lincolnshire Sugar Co. v. Smart*, [1937] A.C. 697; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Nesbitt Thomson Inc. v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1113; *M.N.R. v. Benaby Realities Ltd.*, [1968] S.C.R. 12.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 12(1)(x).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 9(1).

qu'une somme peut avoir la nature d'un revenu même si elle n'est pas effectivement reçue par le contribuable mais seulement «réalisée» conformément à la méthode de la comptabilité d'exercice, est bien établi dans la jurisprudence. Les sommes reçues ou réalisées — libres de conditions ou restrictions assortissant leur utilisation — sont donc imposables dans l'année où elles sont réalisées, sous réserve de toute disposition contraire de la Loi ou d'une autre règle de droit. En l'espèce, le contribuable avait droit au PIL dès qu'il assumait ses obligations contractuelles et il était donc impossible d'affirmer que le PIL se rapportait à des dépenses futures. Dans un tel cas, sauf stipulation contraire de l'accord relatif au paiement d'incitation à la location, et en l'absence de texte de loi ou d'arrêt à l'effet contraire, le principe de réalisation s'impose comme celui qui donnera une image plus fidèle du revenu du contribuable.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *La Reine c. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd.*, 90 D.T.C. 6607; *St. John Dry Dock & Shipbuilding Co. c. M.N.R.*, [1944] R.C. de l'É. 186; *IBM Canada Ltd. c. M.N.R.*, 93 D.T.C. 1266; *French Shoes Ltd. c. The Queen*, 86 D.T.C. 6359; **arrêts mentionnés:** *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147; *Toronto College Park Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 183; *Neonex International Ltd. c. The Queen*, 78 D.T.C. 6339; *Oxford Shopping Centres Ltd. c. The Queen*, 79 D.T.C. 5458; *Associated Investors of Canada Ltd. c. M.N.R.*, 67 D.T.C. 5096; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Corporation of Birmingham c. Barnes*, [1935] A.C. 292; *The Queen c. Canadian Pacific Ltd.*, 77 D.T.C. 5383; *Consumers' Gas Co. c. The Queen*, 82 D.T.C. 6300; *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. c. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124; *Woodward Stores Ltd. c. The Queen*, 91 D.T.C. 5090; *Suzy Creamcheese (Canada) Ltd. c. The Queen*, 92 D.T.C. 6291; *Kenneth B. S. Robertson Ltd. c. M.N.R.* (1944), 2 D.T.C. 655; *Westfair Foods Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 146; *Charles Brown & Co. c. Commissioners of Inland Revenue* (1930), 12 T.C. 1256; *Lincolnshire Sugar Co. c. Smart*, [1937] A.C. 697; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Nesbitt Thomson Inc. c. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1113; *M.N.R. c. Benaby Realities Ltd.*, [1968] R.C.S. 12.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 12(1)(x).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, 96 D.T.C. 6526, [1996] 3 C.T.C. 307, [1996] F.C.J. No. 1243 (QL), dismissing an appeal from a judgment of Bowman J.T.C.C., 94 D.T.C. 1112, [1994] 1 C.T.C. 2140, [1993] T.C.J. No. 874 (QL). Appeal dismissed.

Warren J. A. Mitchell, Q.C., and Karen Sharlow, for the appellant.

Roger Taylor and Sandra Phillips, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal was heard along with *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, and *Toronto College Park Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 183, reasons for which are being released simultaneously herewith, but raises in essence the opposite question of that raised in those cases. Whereas in *Canderel* and *Toronto College Park* this Court was called upon to determine the appropriate manner in which a taxpayer may deduct a tenant inducement payment (“TIP”) from business income, the instant case requires a determination of how (prior to the enactment of s. 12(1)(x) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)) the same type of payment was to be treated in the hands of the recipient. Was the TIP to be dealt with as revenue or as a capital receipt, and if revenue, was it to be included in income entirely in the year received or could it properly be amortized over the period of the lease to which it related?

I. Facts

The appellant, Ikea Limited (“Ikea”), is a furniture retailer which carries on its business through retail outlets which it owns or leases throughout Canada. In 1985, Ikea entered into a 10-year lease of premises at the West Edmonton Mall (the “Mall”), with an option to extend the lease for a further 10 years. The lease provided for a base rent, payable in monthly instalments, plus a

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale, 96 D.T.C. 6526, [1996] 3 C.T.C. 307, [1996] A.C.F. n° 1243 (QL), qui a rejeté l’appel formé contre le jugement du juge Bowman, 94 D.T.C. 1112, [1994] 1 C.T.C. 2140, [1993] A.C.I. n° 874 (QL). Pourvoi rejeté.

Warren J. A. Mitchell, c.r., et Karen Sharlow, pour l’appelante.

Roger Taylor et Sandra Phillips, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi — qui a été entendu en même temps que ceux interjetés dans les affaires *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, et *Toronto College Park Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 183, dont les motifs sont déposés en même temps que ceux-ci — pose essentiellement la question inverse de celle soulevée dans ces deux pourvois. Alors que, dans *Canderel* et *Toronto College Park*, notre Cour était appelée à déterminer la façon appropriée dont un contribuable peut déduire de son revenu d’entreprise un paiement d’incitation à la location («PIL»), elle doit, dans le présent cas, statuer sur la façon dont le même type de paiement devait être traité par le bénéficiaire (avant l’édition de l’al. 12(1)(x) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.)). Le PIL devait-il être considéré comme un revenu ou comme une rentrée de capital, et, s’il s’agissait d’un revenu, devait-il être inclus en entier dans les revenus de l’année où il a été reçu ou pouvait-il à bon droit être amorti sur la période du bail auquel il s’appliquait?

I. Les faits

L’appelante, Ikea Limited («Ikea»), est un détaillant de meubles qui exploite un réseau de points de vente dont il est propriétaire ou locataire dans l’ensemble du Canada. En 1985, Ikea a loué des locaux au West Edmonton Mall (le «Mall») aux termes d’un bail de 10 ans, assorti de la faculté de le prolonger pour une période identique. Le contrat prévoyait un loyer de base payable en

percentage rent based on sales. In an agreement dated six days after the original lease, Ikea became entitled to receive a TIP of \$2,650,000 from the Mall. The agreement was clear and unequivocal in stipulating that the purpose of this payment was to induce Ikea to lease the premises, and no obligation was placed upon Ikea to use the money for any particular purpose, such as, for example, applying it against the cost of inventory or fixtures. The payment was to be made to Ikea within seven days of its taking possession of and commencing business operations in the premises.

3 Ikea tendered expert accounting evidence stating that it was proper treatment, in accordance with generally accepted accounting principles ("GAAP"), not to include the entire TIP in its income for the 1986 year and instead to amortize it over the period of the lease. Further, this evidence indicated that it was also in accordance with GAAP for Ikea to offset a portion of the TIP, an amount totalling \$825,189, against the cost of fixtures for the leased premises, provided only that, had the cost of the fixtures been reflected as capital assets, they would have been depreciated over approximately the same time period used to amortize the balance of the TIP. In fact, this was precisely the accounting treatment accorded to the payment by Ikea for the purposes of its financial statements. This evidence was uncontradicted by the Minister of National Revenue (the "Minister"), who simply took the position that the appropriate accounting treatment was irrelevant to the issue of the computation of income for tax purposes.

4 Philip Boname, an expert called on behalf of the Minister, expressed the opinion, based on his general knowledge of the commercial real estate market in Edmonton at the time of the lease, that the TIP received by Ikea resulted in an increase in the amount of rent that it agreed to pay to the Mall. His experience suggested to him that there was a direct correlation between the use of TIPs and the ability of a landlord to realize higher rents.

5 In contrast to the treatment accorded the TIPs in its financial statements, in filing its tax return for

versements mensuels, de même qu'un loyer proportionnel basé sur les ventes. En vertu d'un accord daté de six jours après le bail original, Ikea a acquis le droit à un PIL de 2 650 000 \$ de la part du Mall. Cet accord stipulait de façon claire et non équivoque que le paiement avait pour objet d'inciter Ikea à louer les locaux, et que cette dernière n'avait aucune obligation d'affecter cette somme à quelque fin particulière que ce soit, par exemple à l'égard du coût des stocks ou des agencements. Le paiement devait être fait à Ikea dans les sept jours suivant le début de l'exploitation de son entreprise dans les locaux.

Ikea a déposé en preuve un document émanant d'une experte comptable, dans lequel celle-ci affirmait que, conformément aux principes comptables généralement reconnus («PCGR»), constituait un traitement approprié le fait pour Ikea de ne pas avoir inclus en entier le PIL dans son revenu de 1986 et de l'amortir plutôt sur la période du bail. Cette preuve indiquait qu'était en outre conforme aux PCGR le fait pour Ikea d'affecter une partie du PIL, soit 825 189 \$, au paiement du coût des agencements des locaux loués, sous la seule réserve que, si les agencements avaient été traités comme des biens immobilisés, leur coût aurait été amorti sur à peu près la même période que l'a été le solde du PIL. En fait, il s'agit précisément du traitement comptable qu'Ikea a fait du paiement dans ses états financiers. Cette preuve n'a pas été contredite par le ministre du Revenu national (le «ministre»), qui a simplement adopté la position que la question du traitement comptable approprié n'était pas pertinente pour le calcul du revenu aux fins de l'impôt.

Philip Boname, témoin expert assigné par le ministre, a exprimé l'avis, en se fondant sur sa connaissance générale du marché immobilier commercial à Edmonton au moment de la signature du bail, que le PIL reçu par Ikea avait eu pour résultat de hausser le loyer qu'Ikea avait consenti à payer au Mall. Son expérience lui suggérait l'existence d'une corrélation directe entre l'utilisation d'un PIL et la capacité d'un propriétaire d'obtenir des loyers plus élevés.

Contrairement au traitement qu'elle avait fait du PIL dans ses états financiers, Ikea n'a pas, dans sa

1986, Ikea did not reduce the cost of fixtures by the \$825,189 portion of the TIP, nor did it include any portion of the TIP in its income. This treatment reflected its opinion that, for tax purposes, the payment constituted a capital receipt rather than taxable revenue. In reassessing Ikea, the Minister required that the TIP be included in income entirely in the 1986 taxation year. On appeal by Ikea, the Tax Court of Canada agreed with the Minister that the TIP represented income and not a capital receipt, and also that the amount was required to be included in income wholly in the year of receipt. This decision was affirmed by a unanimous judgment of the Federal Court of Appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 (now R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.))

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

III. Judicial History

1. *Tax Court of Canada (Bowman J.)*, 94 D.T.C. 1112

Bowman J. began by stating at p. 1115 that the "accounting treatment does not affect the determination whether the receipt was on revenue or capital account. That determination is one of law based upon a consideration of all of the facts". After commenting briefly on the differences between income tax and financial accounting, he observed that the rationale for the accounting treatment of the \$825,189 might have been that since it represented the cost of fixtures, it was not inappropriate to offset it against that cost, "thereby achieving an effective amortization over the term of the lease by reducing the basis against which annual depreciation would be deducted". However, he found no

déclaration de revenus de 1986, réduit le coût des agencements de la somme de 825 189 \$ venant du PIL ni inclus quelque portion que ce soit de ce paiement dans son revenu. Ce traitement reflétait son opinion que, aux fins de l'impôt, le paiement constituait une rentrée de capital plutôt qu'un revenu imposable. Dans la nouvelle cotisation transmise à Ikea, le ministre a exigé que le PIL soit inclus en entier dans le revenu de l'année d'imposition 1986. Dans le cadre de l'appel interjeté par Ikea, la Cour canadienne de l'impôt a souscrit au point de vue du ministre que le PIL constituait un revenu et non une rentrée de capital, et que cette somme devait être incluse en entier dans le revenu de l'année où elle avait été reçue. Cette décision a été confirmée par un arrêt unanime 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 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.))

9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

III. L'historique procédurale

1. *Cour canadienne de l'impôt (le juge Bowman)*, 94 D.T.C. 1112

Le juge Bowman a d'abord affirmé, à la p. 1115, que le «traitement comptable n'influe pas sur la question de savoir si la rentrée avait la nature d'un revenu ou d'un gain en capital. Il s'agit d'une question de droit qui doit être tranchée en tenant compte de l'ensemble des faits». Après avoir fait un bref commentaire sur les différences qui existent entre l'impôt sur le revenu et la comptabilité générale, il a fait observer que la justification du traitement comptable des 825 189 \$ tenait peut-être au fait que, comme cette somme représentait le coût des agencements, il n'était pas inapproprié de le déduire, «ce qui permettait de l'amortir effectivement sur la durée du bail puisqu'on réduisait le montant faisant l'objet de l'amortissement annuel». Cependant, il n'a trouvé aucun fondement

6

7

legal or factual basis for such treatment for income tax purposes.

8 Moreover, Bowman J. could find no basis whatsoever for the amortization of the balance of the TIP over the term of the lease. Beginning with the proposition that, even for accounting purposes, expenditures are to be attributed to the period that they benefit and revenues are either to be allocated to the period in which they are earned or applied as a reduction of expenses for the period to which they relate, he observed that the tenant inducement agreement specified that the purpose of the TIP was strictly to induce Ikea to enter into the lease and carry on business in the premises. The question, then, was when the payment was actually earned. One possibility was that it was earned when the consideration flowed from Ikea to the Mall, that is, when Ikea commenced business at the Mall. In fact, the agreement stipulated that the right to the TIP became absolute seven days after this event. If it was completely earned in this way, however, then in the view of Bowman J., this analysis did not support the amortization of the payment over the term of the lease. Such treatment could only be rationalized either by deeming the consideration flowing from Ikea to consist not only of the signing of the lease and the fulfilment thereof, but also of its continuing obligation to carry on its business in the premises during the term of the lease, or by regarding the TIP as a reduction of the rent payable over the term of the lease. However, neither of these hypotheses supported Ikea's treatment of the TIP as capital. Both supported its treatment as revenue.

9 Bowman J. considered in some detail the role of accountants and GAAP in the court's determination of income tax matters. He viewed such evidence as potentially useful in indicating the underlying commercial and economic reality that the transaction represents, free of tax considerations,

juridique ou factuel justifiant un tel traitement aux fins de l'impôt sur le revenu.

Qui plus est, le juge Bowman n'a pu trouver le moindre fondement justifiant l'amortissement du solde du PIL sur la durée du bail. Postulant d'abord que, même à des fins comptables, les dépenses doivent être attribuées à la période à laquelle elles profitent et que les rentrées doivent être attribuées à la période à laquelle elles ont été gagnées ou être appliquées en réduction de dépenses au cours de la période à laquelle ces dépenses se rapportent, il a fait observer que l'accord relatif au paiement d'incitation à la location précisait que l'objet du PIL était strictement d'inciter Ikea à conclure le bail et à exploiter son entreprise dans les locaux loués. La question qui se posait alors était celle de savoir quand le paiement avait été effectivement gagné. Une possibilité était qu'il avait été gagné à partir du moment où la contrepartie avait commencé à passer de Ikea au Mall, c'est-à-dire quand Ikea avait commencé à exploiter son entreprise dans le Mall. En fait, l'accord stipulait expressément que le droit au PIL était absolu sept jours après cet événement. Cependant, si le paiement avait été gagné complètement de cette façon, alors, selon le juge Bowman, cette analyse ne justifiait pas l'amortissement du paiement sur la durée du bail. Un tel traitement ne pouvait reposer que sur l'une ou l'autre des prémisses suivantes: soit la présomption que la contrepartie à laquelle était tenue Ikea ne consistait pas seulement à signer le bail et à en respecter les conditions, mais également à continuer à exploiter son entreprise dans les locaux pendant toute la durée du bail; soit la présomption que le PIL était une réduction du loyer payable au cours de la durée du bail. Cependant, aucune des deux hypothèses n'était la décision d'Ikea de traiter le PIL comme une rentrée de capital. Elles appuyaient la conclusion qu'il devait être traité comme un revenu.

Le juge Bowman a fait un examen assez détaillé du rôle des comptables et des PCGR dans l'examen par la cour des questions d'ordre fiscal. Il a dit que ce type de preuve peut se révéler utile comme indication de la réalité commerciale et économique sous-jacente à une opération, abstraction

but viewed accounting evidence as only of “marginal assistance” in tax cases. He relied on several cases, including *Neonex International Ltd. v. The Queen*, 78 D.T.C. 6339 (F.C.A.), *Oxford Shopping Centres Ltd. v. The Queen*, 79 D.T.C. 5458 (F.C.T.D.), and *Associated Investors of Canada Ltd. v. M.N.R.*, 67 D.T.C. 5096 (Ex. Ct.), in support of the proposition that the accounting treatment of revenues and expenses is not determinative and that the true question is one of law, having regard to “ordinary commercial principles”. Relying on the decision of this Court in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, he found at p. 1117 that “GAAP is not relevant in determining whether a receipt or expense is on revenue or capital account . . . [or] whether an item of revenue is to be recognized in the year of receipt or in a later year”, and concluded at p. 1118 that while GAAP may have “an extremely circumscribed subordinate function” within ordinary commercial principles, “[i]t cannot supersede those principles”.

Turning to the first substantive question, whether the TIP was on revenue account or on capital account, Bowman J. first noted a number of relevant facts. Ikea was not in the business of entering leases, and although the leasing of property was obviously an essential part of its business, the leases were nonetheless capital assets in its hands. The leasing of premises by Ikea was not of such frequency that lease negotiations could be regarded as a “recurrent or ordinary phenomenon” in its business. Ikea had requested the TIP as part of the overall economic package surrounding the lease, and had acknowledged at trial that the terms and conditions of its leases affected its profits on an ongoing basis. However, the base rent agreed to was suggested early in the lease negotiations and never changed. On this basis, Bowman J. concluded that the TIP resulted in an increase in the aggregate value of the rent which Ikea agreed to pay, based on the direct correlation between the use of such payments and the ability of a landlord to realize higher rents. In his view, this conformed

faite des considérations d’ordre fiscal, mais il a estimé que la preuve comptable n’apportait que «peu d’aide» dans les affaires d’impôt. Il a invoqué plusieurs arrêts, dont *Neonex International Ltd. c. The Queen*, 78 D.T.C. 6339 (C.A.F.), *Oxford Shopping Centres Ltd. c. The Queen*, 79 D.T.C. 5458 (C.F. 1^{re} inst.), et *Associated Investors of Canada Ltd. c. M.N.R.*, 67 D.T.C. 5096 (C. de l’É.), au soutien de la proposition que le traitement comptable des revenus et des dépenses n’est pas déterminant et que la véritable question est une question de droit, qui doit être tranchée en tenant compte des «principes commerciaux reconnus». S’appuyant sur l’arrêt de notre Cour *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, le juge Bowman a conclu, à la p. 1117, que les «PCGR ne sont pas pertinents lorsqu’il s’agit de déterminer si une rentrée d’argent a la nature d’un revenu ou d’un gain en capital [. . .] [ou] si un poste de revenu doit être constaté l’année de la réception ou une année ultérieure», et il a également conclu, à la p. 1118, que, même si les PCGR peuvent avoir «une fonction secondaire extrêmement limitée» dans le cadre des principes commerciaux reconnus, «[i]ls ne peuvent l’emporter sur les principes de droit».

Examinant la première question de fond, c’est-à-dire celle de savoir si le PIL relevait du compte de produits ou du compte de capital, le juge Bowman a d’abord signalé certains faits pertinents. L’entreprise d’Ikea ne consistait pas à conclure des baux et, même si elle devait manifestement le faire dans le cadre de ses activités, les baux étaient néanmoins des biens immobilisés détenus par l’entreprise. La prise à bail de locaux par Ikea n’était pas une activité si fréquente que la négociation de baux pouvait être considérée comme un «phénomène périodique ou ordinaire» de son entreprise. Ikea avait demandé le PIL dans le cadre de l’arrangement économique global de la conclusion du bail, et elle a reconnu au procès que les conditions des baux ont eu une incidence continue sur ses bénéfices. Cependant, le loyer de base convenu a été proposé au début des négociations du bail et n’a jamais changé. Sur ce fondement, le juge Bowman a conclu que le PIL a fait augmenter la valeur globale du loyer qu’Ikea a accepté de verser, compte tenu de la corrélation directe qui existe entre le

to “obvious commercial common sense”. Bowman J. was also of the opinion that the other evidence, including that given by an officer of Ikea, confirmed that the TIP was “inextricably bound up with the rent that was to be paid and the economic return that the parties expected from the commercial relationship between them”.

recours à de tels paiements et la possibilité pour le propriétaire d’obtenir des loyers supérieurs. Selon lui, cette conclusion était «manifestement conform[e] au bon sens commercial». Le juge Bowman était aussi d’avis que les autres témoignages, y compris celui d’un dirigeant d’Ikea, confirmaient que le PIL était «inextricablement lié au loyer qui allait devoir être payé et au rendement économique auquel les parties s’attendaient de leur relation commerciale».

11 Bowman J. observed that prior to the enactment of s. 12(1)(x) of the Act, there was a common assumption that TIPs were not taxable as either income, capital gains, or reductions of the capital cost of property. He found that this proposition had its roots in *Corporation of Birmingham v. Barnes*, [1935] A.C. 292 (H.L.), *The Queen v. Canadian Pacific Ltd.*, 77 D.T.C. 5383 (F.C.A.), and *Consumers’ Gas Co. v. The Queen*, 82 D.T.C. 6300 (F.C.T.D.), in each of which, third-party contributions to the construction of various works were not required to be taken into account in determining the “actual cost” of the works for the purposes of determining their capital cost for depreciation.

Le juge Bowman a souligné que, suivant une hypothèse répandue avant l’édiction de l’al. 12(1)(x) de la Loi, les PIL n’étaient pas imposables, que ce soit à titre de revenus, de gains en capital ou de réductions du coût en capital d’un bien. Il a conclu que cette thèse tirait sa source des arrêts *Corporation of Birmingham c. Barnes*, [1935] A.C. 292 (H.L.), *The Queen c. Canadian Pacific Ltd.*, 77 D.T.C. 5383 (C.A.F.), et *Consumers’ Gas Co. c. The Queen*, 82 D.T.C. 6300 (C.F. 1^{re} inst.), où, dans chaque cas, il a été statué que les contributions versées par des tiers pour la construction de divers ouvrages n’avaient pas à être prises en compte dans la détermination du «coût réel» des ouvrages aux fins d’établir leur coût en capital pour l’amortissement.

12 In the view of Bowman J., relying on *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.), the crucial matter to be determined, as a general rule and irrespective of whether the receipt reimbursed a “loss” or an “expenditure”, is the nature of the expense that the payment is designed to reimburse. If the reimbursement is of a capital loss or a capital expenditure, then the receipt will be on capital account: *Woodward Stores Ltd. v. The Queen*, 91 D.T.C. 5090 (F.C.T.D.), and *Suzu Creamcheese (Canada) Ltd. v. The Queen*, 92 D.T.C. 6291 (F.C.T.D.). From the cited case law, he concluded that while in the absence of a statutory provision to the contrary, a payment made to a taxpayer to reimburse the taxpayer for the cost of capital property does not reduce the capital cost of the property for tax purposes, such a payment is nonetheless a capital receipt and is not to be included in income under the Act. On the other hand, a payment made as a

S’appuyant sur l’arrêt *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. c. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.), le juge Bowman était d’avis que la question primordiale était de savoir — en tant que règle générale et sans égard à la question de savoir si la rentrée compense une «perte» ou rembourse une «dépense» — quelle est la nature de la dépense que le paiement vise à rembourser. Si le paiement sert à compenser une perte en capital ou à rembourser une dépense en immobilisations, il relève du compte de capital: *Woodward Stores Ltd. c. The Queen*, 91 D.T.C. 5090 (C.F. 1^{re} inst.), et *Suzu Creamcheese (Canada) Ltd. c. The Queen*, 92 D.T.C. 6291 (C.F. 1^{re} inst.). De cette jurisprudence, il a conclu que, en l’absence de disposition législative à l’effet contraire, un paiement fait à un contribuable pour lui rembourser le coût d’un bien immobilisé ne réduit pas le coût en capital de ce bien aux fins de l’impôt sur le revenu, mais qu’un tel paiement donne toutefois lieu à une rentrée de

reimbursement to the taxpayer for an expense that is on revenue account, or as a reduction of such an expense, is an income receipt and must therefore be included in income.

In applying the law to the facts of this case, Bowman J. observed that under the tenant inducement agreement, Ikea was not obliged to apply the TIP to any expense in particular. Aside from the accounting treatment of the expense, which was seen as irrelevant, nothing in the evidence could support the conclusion that the payment was made to reimburse a capital expenditure or capital loss. Indeed, there was no other linkage whatsoever between the payment and any capital outlay. Bowman J. held that there was no reason to extend the principle in *Birmingham v. Barnes*, *supra*, to allow the accounting treatment of a receipt to affect its characterization as revenue or capital. He concluded that it would have been arbitrary to treat the payment as capital for tax purposes merely because it may not have been inappropriate for accounting purposes to attribute a portion of it to the cost of fixed assets. This, he found at p. 1124, would have constituted “an abdication to the professional judgment of accountants of the court’s obligation to determine what is essentially a question of law”.

The question remained whether the inability of the TIP to be connected with any capital purpose automatically made it income. Bowman J. observed, at p. 1125, that the payment was not fortuitous and was neither a gift nor a windfall, but rather “arose out of the negotiation of an obligation whose incidents . . . were to the appellant of a purely revenue nature”. In his view at p. 1125, the receipt, although not arising out of the sale of goods in which Ikea dealt, was “directly and inextricably bound up with the economics of the operation”, because of its obvious effect upon the costs which the business had to satisfy. The payment

capital et ne doit pas être inclus dans le revenu en vertu de la Loi. Par contre, un paiement ayant pour objet soit de rembourser à un contribuable une dépense relevant du compte de produits soit de réduire une telle dépense est une rentrée de fonds, et il doit par conséquent être inclus dans le revenu.

Appliquant ces principes juridiques aux faits de l’espèce, le juge Bowman a fait observer que, en vertu de l’accord relatif au paiement d’incitation à la location, Ikea n’était pas tenue d’appliquer le PIL à une dépense en particulier. À part le traitement comptable de la dépense, qui a été jugé sans pertinence, rien dans la preuve n’était la conclusion que le paiement avait été fait pour rembourser une dépense en immobilisations ou une perte en capital. De fait, il n’y avait aucun autre lien entre le paiement et une dépense en immobilisations. Le juge Bowman a statué qu’il n’y avait aucune raison d’étendre l’application du principe dégagé dans *Birmingham c. Barnes*, précité, de manière à permettre que le traitement comptable d’une rentrée de fonds puisse influencer sur sa qualification en tant que revenu ou élément de capital. Il a conclu qu’il aurait été arbitraire de traiter le paiement comme du capital aux fins de l’impôt du seul fait qu’il n’était peut-être pas inapproprié, du point de vue comptable, d’affecter une partie de ce paiement au coût des immobilisations. Il a conclu, à la p. 1124, qu’en agissant ainsi «la cour s’inclinerait alors devant le jugement professionnel de comptables et ne s’acquitterait pas de l’obligation qu’elle a de trancher ce qui est essentiellement une question de droit».

La question qui demeurait était de savoir si l’impossibilité de lier le PIL à une quelconque immobilisation en faisait d’office un revenu. Le juge Bowman a fait observer, à la p. 1125, que le paiement n’était pas fortuit et qu’il n’était ni un don ni un profit inattendu, mais qu’il «[était] issu de la négociation d’une obligation dont les corollaires [. . .] étaient pour l’appelante strictement assimilables à la notion de revenu». Selon lui, à la p. 1125, bien que ne découlant pas de la vente de marchandises offertes par Ikea, la rentrée de fonds était «directement et inextricablement liée à la dimension économique de l’opération», parce

13

14

was an integral element of the day-to-day costs of running the business. Bowman J. accordingly found that the TIP was income to Ikea, either as a reduction of rent, which he saw as making more economic sense in light of the evidence, or as consideration for moving into the premises, paying rent, and carrying on business therein.

- 15 Turning to the second question, the timing of recognition of the receipt, Bowman J. again found that the accounting treatment of the TIP was not determinative. He could find no basis in the Act for a reserve in respect of this type of income, and observed at p. 1125 that, as a rule, “amounts become taxable as income in the year of receipt provided the amounts received exhibit the nature and quality of income at that time”: *The Queen v. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd.*, 90 D.T.C. 6607 (F.C.A.), at p. 6612. Put another way, the question was whether Ikea’s right to the receipt became absolute, with no restriction as to its disposition, use or enjoyment, in the year in question: *Kenneth B. S. Robertson Ltd. v. M.N.R.* (1944), 2 D.T.C. 655 (Ex. Ct.). In the view of Bowman J., this condition was clearly satisfied, and thus, the income was taxable in 1986. Accordingly, he dismissed Ikea’s appeal of the reassessment on both counts.

2. *Federal Court of Appeal (Reasons of Robertson J.A., for the court)*, 96 D.T.C. 6526

- 16 In oral reasons delivered from the bench, the Federal Court of Appeal dismissed Ikea’s appeal. Robertson J.A. explained that the court had not been persuaded that there was any basis, either in fact or in law, for interfering with the Tax Court’s decision, nor that anything in its own decision in *Canderel, supra*, had any meaningful effect on the timing issue, despite the apparent asymmetry between the two cases. He stated, at p. 6527, that “[w]hile the matching principle will be of

qu’elle influait de toute évidence sur les frais que l’entreprise avait à payer. Le paiement faisait partie intégrante de tout l’aspect des frais d’exploitation quotidiens de l’entreprise. En conséquence, le juge Bowman a conclu que le PIL était un revenu tiré par Ikea, soit d’une réduction de loyer, solution qui pour lui avait plus de sens du point de vue financier compte tenu de la preuve, soit au titre d’une contrepartie obtenue pour l’emménagement dans les locaux, le paiement du loyer et le fait d’y exploiter son entreprise.

Examinant la seconde question, savoir le moment auquel il convient de comptabiliser la rentrée de fonds, le juge Bowman a conclu à nouveau que le traitement comptable du PIL n’était pas déterminant. Il n’a trouvé dans la Loi aucune disposition prévoyant une provision à l’égard de ce type de revenu et il a souligné, à la p. 1125, que, en règle générale, «les sommes deviennent un revenu imposable dans l’année où elles ont été reçues à condition qu’elles aient la nature et le caractère d’un revenu à cette époque»: *La Reine c. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd.*, 90 D.T.C. 6607 (C.A.F.), à la p. 6612. Autrement dit, la question était de savoir si le droit d’Ikea à la rentrée de fonds était devenu absolu et n’était assorti d’aucune restriction quant à la façon d’en disposer, de l’utiliser ou d’en jouir, dans l’année en question: *Kenneth B. S. Robertson Ltd. c. M.N.R.* (1944), 2 D.T.C. 655 (C. de l’É.). Selon le juge Bowman, cette condition était clairement remplie et, par conséquent, le revenu était imposable en 1986. Il a donc rejeté les deux moyens d’appel invoqués par Ikea contre la nouvelle cotisation.

2. *Cour d’appel fédérale (motifs du juge Robertson, pour la cour)*, 96 D.T.C. 6526

Dans des motifs prononcés à l’audience, la Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel formé par Ikea. Le juge Robertson a expliqué que la cour n’était pas persuadée qu’il y avait quelque fondement, soit en fait soit en droit, de modifier la décision de la Cour de l’impôt, et que rien de ce qui avait été décidé dans l’arrêt *Canderel* de la Cour d’appel fédérale, précité, n’avait une incidence significative sur la question du moment de la comptabilisation de la rentrée de fonds, malgré l’apparente asymétrie des

relevance in cases involving ‘non-running expenses’, it has never been suggested that it should be applied to the exclusion of the line of authorities beginning with *Kenneth B. Robertson [sic] v. M.N.R.*”

IV. Issues

Two issues are raised on this appeal. The first is whether the TIP received by Ikea was to be treated for tax purposes as revenue or as a capital receipt. If it was properly to be considered revenue, the next task is to determine when it was to be included in income: entirely in the year received or amortized over the period of the lease of which it was the catalyst.

V. Analysis

By way of preliminary comment, I should like to acknowledge the great assistance provided by the lucid and comprehensive reasons of Bowman J. As shall become clear, I agree substantially with his reasons on both of the issues raised in this appeal. However, because this appeal was heard together with those in *Canderel* and *Toronto College Park*, and particularly because of the importance of the issue of timing to the outcome of those appeals, I feel obliged to make some brief observations of my own.

1. *Legislative change since 1986*

At the outset, I would note that since the dispute which precipitated this case arose, the *Income Tax Act* has been amended to include a specific provision dealing with the issues raised on this appeal. The relevant portions of R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 12(1)(x) read:

12. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from

deux affaires. Il a affirmé, à la p. 6627, que «[b]ien que le principe de rattachement soit pertinent dans les affaires portant sur des ‘dépenses non courantes’, on n’a jamais laissé entendre qu’il devrait s’appliquer à l’exclusion de la jurisprudence commençant par la décision *Kenneth B. Robertson (sic) v. M.N.R.*»

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions. La première est de savoir si le PIL reçu par Ikea devait, aux fins de l’impôt sur le revenu, être traité comme un revenu ou comme une rentrée de capital. S’il devait à juste titre être considéré comme un revenu, il faut alors se demander à quel moment il devait être inclus dans le revenu: devait-il être entièrement inclus dans l’année où il a été reçu ou encore être amorti sur la durée du bail dont il a favorisé la signature?

V. Analyse

À titre de commentaire préliminaire, je tiens à souligner que les motifs exhaustifs et limpides du juge Bowman ont été d’une aide précieuse. Comme cela deviendra clair, je suis substantiellement d’accord avec les motifs de ce dernier sur les deux questions soulevées dans le présent pourvoi. Cependant, étant donné que le présent pourvoi a été entendu avec les affaires *Canderel* et *Toronto College Park*, et étant donné particulièrement l’importance que revêt la question du moment de la comptabilisation des sommes en cause dans l’issue de ces pourvois, j’estime qu’il me faut faire moi-même quelques observations.

1. *Modifications apportées à la loi depuis 1986*

Au départ, j’aimerais souligner que, depuis le différend qui a donné naissance au présent litige, la *Loi de l’impôt sur le revenu* a été modifiée par l’inclusion d’une disposition traitant expressément des questions soulevées par le présent pourvoi. Les dispositions pertinentes de l’al. 12(1)(x) des L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), sont les suivantes:

12. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d’une entreprise ou d’un bien, au cours

17

18

19

a business or property such of the following amounts as are applicable:

(x) any amount (other than a prescribed amount) received by the taxpayer in the year, in the course of earning income from a business or property, from

(i) a person who pays the amount (in this paragraph referred to as "the payer") in the course of earning income from a business or property or in order to achieve a benefit or advantage for the payer. . . .

where the amount can reasonably be considered to have been received

(iii) as an inducement, whether as a grant, subsidy, forgivable loan, deduction from tax, allowance or any other form of inducement, or

(iv) as a reimbursement, contribution or allowance or as assistance . . . in respect of the cost of property or in respect of an outlay or expense

to the extent that the amount

(v) was not otherwise included in computing the taxpayer's income, or deducted in computing, for the purposes of this Act, any balance of undeducted outlays, expenses or other amounts, for the year or a preceding taxation year. . . .

20

It is evident that the TIP paid to Ikea in the instant case would fall squarely within this section, which would render the payment income to Ikea and taxable entirely in the year received. However, because the section was not in force in 1986, when the payment in question was received, the matter remains to be determined for the purposes of this appeal in accordance with the law as it existed then. The new provision, obviously, has no effect on the outcome of the instant case.

2. *Capital or income?*

21

Ikea argued that the TIP was a capital receipt and not income, and therefore should not have been included in income at all. This argument was premised primarily on an attempted analogy between this receipt and an amount received upon

d'une année d'imposition, celles des sommes suivantes qui sont applicables:

x) un montant (à l'exclusion d'un montant prescrit) reçu par le contribuable au cours de l'année pendant qu'il tirait un revenu d'une entreprise ou d'un bien:

(i) soit d'une personne qui paie le montant — appelée «débiteur» au présent alinéa — en tirant un revenu d'une entreprise ou d'un bien ou en vue d'obtenir un avantage pour elle-même . . .

s'il est raisonnable de considérer le montant comme reçu:

(iii) soit à titre de paiement incitatif, sous forme de prime, de subvention, de prêt à remboursement conditionnel, de déduction de l'impôt ou d'indemnité ou sous toute autre forme,

(iv) soit à titre de remboursement, contribution ou indemnité ou à titre d'aide [. . .] à l'égard du coût d'un bien ou à l'égard d'une dépense engagée ou effectuée,

dans la mesure où:

(v) soit le montant n'est pas déjà inclus dans le calcul du revenu du contribuable ou déduit dans le calcul, pour l'application de la présente loi, d'un solde de dépenses ou autres montants non déduits, pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure. . .

Il est évident que le PIL fait à Ikea en l'espèce est carrément visé par cet article, qui ferait de ce paiement un revenu tiré par Ikea et imposable entièrement dans l'année de sa réception. Toutefois, parce que l'article n'était pas en vigueur en 1986, lorsque le paiement en question a été reçu, la présente affaire doit être tranchée en vertu du droit qui existait à l'époque. La nouvelle disposition n'a évidemment aucune incidence sur l'issue du présent cas.

2. *Rentrée de capital ou revenu?*

Ikea a plaidé que le PIL était une rentrée de capital et non un revenu, et qu'il n'aurait donc pas dû être inclus du tout dans le revenu. Cet argument reposait principalement sur une analogie que l'on tentait d'établir entre cette rentrée de fonds et une

the acquisition or disposition of a capital asset, which is clearly a capital receipt: *Woodward Stores, supra*; *Westfair Foods Ltd. v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 146 (F.C.T.D.). As the argument goes, the character of the receipt is properly to be determined by the character of the asset to which it relates, and because the lease that gave rise to the TIP in this case was characterized by the trial judge as a capital asset in Ikea's hands, the TIP itself must therefore be considered a capital receipt. However, no specific authority was advanced in support of this interpretation, and for my part, I am unable to see any legal basis for the analogy.

Certainly, the notion of categorizing ambiguous receipts by reference to the income "holes" which they fill is far from novel in Canadian law. In *St. John Dry Dock & Shipbuilding Co. v. M.N.R.*, [1944] Ex. C.R. 186, the Exchequer Court of Canada considered the tax treatment to be given to a subsidy received by the taxpayer from the federal government, pursuant to a statute, for the construction of a dry dock. The taxpayer argued successfully that this constituted a capital receipt, which was at the time non-taxable, rather than taxable income. After a review of the relevant case law, including *Charles Brown & Co. v. Commissioners of Inland Revenue* (1930), 12 T.C. 1256 (C.A.), and *Lincolnshire Sugar Co. v. Smart*, [1937] A.C. 697 (H.L.), Thorson J. concluded, at pp. 200-201, that

[income] subsidies come into the hands of the recipient in the course of trade or business operations or because of them and, being operational revenues, may properly be described as income subsidies subject to tax. The situation in the present case is quite different. The appellant was not entitled to receive nor did it receive the subsidy in the course of its trade or business operations or because of them. The subsidy was not a trade or business receipt or revenue or an item of trade or business profit or gain. There was no guarantee of trade or business profits or earnings nor was the subsidy given to supplement or increase the operational revenues of the appellant. Indeed, the subsidy payments had nothing to

somme reçue à la suite de l'acquisition ou de la disposition d'un bien immobilisé, ce qui est clairement une rentrée de capital: *WoodwardStores*, précité; *Westfair Foods Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 146 (C.F. 1^{re} inst.). Suivant cet argument: la nature de la rentrée de fonds est fonction de celle du bien auquel elle se rapporte et, comme le bail qui a donné lieu au versement du PIL en l'espèce, a été qualifié par le juge de première instance de bien immobilisé détenu par Ikea, le PIL lui-même doit donc être considéré comme une rentrée de capital. Cependant, on n'a cité aucun texte précis au soutien de cette interprétation et, pour ma part, je suis incapable de voir quelque fondement juridique à cette analogie.

Certes, l'idée de qualifier des rentrées de fonds de nature ambiguë en se référant aux «trous» dans le revenu qu'elles viennent combler est loin d'être nouvelle en droit canadien. Dans *St. John Dry Dock & Shipbuilding Co. c. M.N.R.*, [1944] R.C. de l'É. 186, la Cour de l'Échiquier du Canada s'est interrogée sur le traitement fiscal qui devait être accordé à une subvention qu'avait reçue le contribuable du gouvernement fédéral, conformément à une loi, pour la construction d'une cale sèche. Le contribuable a prétendu avec succès qu'il s'agissait non pas d'un revenu imposable mais d'une rentrée de capital, somme qui n'était pas imposable à l'époque. Après avoir analysé la jurisprudence pertinente, dont les arrêts *Charles Brown & Co. c. Commissioners of Inland Revenue* (1930), 12 T.C. 1256 (C.A.), et *Lincolnshire Sugar Co. c. Smart*, [1937] A.C. 697 (H.L.), le juge Thorson a tiré les conclusions suivantes, aux pp. 200 et 201:

[TRADUCTION] [L]es subventions [versées au titre du revenu] . . . sont reçues par le bénéficiaire dans le cours de ses activités commerciales ou en raison de celles-ci et, comme elles constituent des revenus d'exploitation, elles peuvent à juste titre être décrites comme des subventions versées au titre du revenu et assujetties à l'impôt. La situation en l'espèce est tout à fait différente. L'appelante n'avait pas le droit de recevoir — et n'a pas reçu — la subvention dans le cours de ses activités commerciales ou en raison de celles-ci. La subvention n'était pas une recette ou un revenu commercial ni un élément de profits ou de gains commerciaux. Il n'y avait aucune garantie de gains ou profits commerciaux, et la

do with the trade or business operations of the appellant at all. [Emphasis added.]

In my view, this passage is most instructive in setting out useful criteria for the classification of “unusual” receipts as income or capital.

23

The case law cited by Bowman J., beginning with *Birmingham v. Barnes*, *supra*, and continuing through *IBM Canada Ltd. v. M.N.R.*, 93 D.T.C. 1266 (T.C.C.), reaffirms this proposition. Where a payment is made to a taxpayer as a reimbursement for the cost of capital property, it is to be treated as a capital receipt for tax purposes. On the other hand, a payment that is made as a reimbursement for an expense on revenue account is to be treated as income. In fact, even the case law cited by Ikea in support of its contention that the TIP was a capital receipt in the end commends the opposite conclusion, given the above analysis. In *Woodward Stores*, *supra*, at p. 5091, the payment in question, while clearly a TIP, was earmarked specifically as a “fixturing allowance”. It was advanced for the express purpose of reimbursing a capital expense, and therefore constituted a capital receipt. Similarly, in *Westfair Foods*, *supra*, the payments made to the taxpayer were characterized by the court as capital receipts only because they were compensation for the premature termination of leases and therefore related to the disposition of a capital asset. These cases are both entirely consistent with the law as stated by Bowman J. and provide no specific assistance to Ikea’s argument.

24

That the lease of the premises here in question was to Ikea a capital asset was not disputed, and I believe this proposition is correct in law. It follows that if the payment in question had been made by Ikea for the purpose of acquiring the lease, it would have been a capital payment, and this too is undisputed. To my mind, however, there is a significant difference between a payment made by the

subvention n’a pas non plus été accordée pour compléter ou augmenter les revenus d’exploitation de l’appelante. De fait, les paiements de subvention n’avaient absolument rien à voir avec les activités commerciales de l’appelante. [Je souligne.]

Selon moi, ce passage est très instructif en ce qu’il énonce des critères utiles pour classer des rentrées de fonds «inhabituelles» en éléments de revenu ou éléments de capital.

Les arrêts cités par le juge Bowman, à commencer par *Birmingham c. Barnes*, précité, jusqu’à *IBM Canada Ltd. c. M.N.R.*, 93 D.T.C. 1266 (C.C.I.), réitérent cette proposition. Lorsqu’un paiement est fait à un contribuable à titre de remboursement du coût d’un bien immobilisé, il doit être traité comme une rentrée de capital aux fins de l’impôt. Par contre, un paiement fait à titre de remboursement d’une dépense imputable au compte de produits doit être traité comme un revenu. En fait, même la jurisprudence citée par Ikea au soutien de sa prétention que le PIL était une rentrée de capital appelle en bout de ligne la conclusion contraire, compte tenu de l’analyse qui précède. Dans *Woodward Stores*, précité, à la p. 5091, le paiement en question, bien que constituant clairement un PIL, avait été expressément qualifié de «déduction pour agencements». La somme avait été avancée dans le but exprès de rembourser une dépense en immobilisations et constituait donc une rentrée de capital. De même, dans *Westfair Foods*, précité, les paiements qui avaient été faits au contribuable ont été qualifiés par la cour de rentrées de capital seulement parce qu’ils constituaient une indemnité versée pour la résiliation de certains baux et qu’ils étaient donc liés à la disposition d’un bien immobilisé. Ces deux arrêts sont conformes au droit exposé par le juge Bowman et n’aident d’aucune façon particulière l’argument d’Ikea.

Il n’a pas été contesté que le bail immobilier dont il est question ici constituait pour Ikea un bien immobilisé, et j’estime que cette proposition est correcte en droit. Il s’ensuit que, si le paiement en question avait été fait par Ikea pour acquérir le bail, il aurait constitué un paiement en capital, et cela n’a pas non plus été contesté. À mon avis, toutefois, il y a une grande différence entre un paie-

lessee for the purpose of acquiring a lease and one received by the lessee as an inducement to lease. Whereas a capital asset is surely paid for by a capital expenditure, and disposed of in consideration of a capital receipt, I see no reason why two simultaneous acquisitions by the same party, that is, the lease and the cash payment, must be characterized in the same way for tax purposes simply because they are related to the same transaction. Obviously, the TIP was not paid as consideration for the disposition of a capital asset; quite the opposite, in fact. The symmetry contended for by Ikea, though perhaps convenient, is not necessarily the rule in tax law.

The question which must be asked in this case is whether, on the facts, the TIP was received by Ikea as reimbursement of an expenditure, or replacement of a loss, which was on capital or on income account. Bowman J. found that the payment could not be linked to any capital expenditure or purpose. Instead, in his words at p. 1125:

The negotiation of the lease and the payment of rent are, however, necessary incidents of the conduct of the appellant's business, and in determining the cost to the appellant of carrying on its business in the West Edmonton Mall it is impossible to imagine how such a payment could be ignored. . . . It is true, as Reed, J. observed in *Westfair Foods Limited*, that not every receipt that is *related* to a business is necessarily income *from* that business. She was, however, dealing with a receipt that, albeit related to the business, was nonetheless one that arose from a disposition of a capital asset of that business. Here we are concerned with a receipt that, although it does not arise from the sale of the goods or services in which the company deals, is directly and inextricably bound up with the economics of the operation. It impinges immediately upon the costs that must be satisfied out of the appellant's trading operations. [Italics in original; underlining added.]

He also found that the payment was an "integral element" of the day-to-day costs of Ikea's business operations, and therefore concluded that the receipt was on income account because, in essence, it con-

ment fait par le preneur à bail pour acquérir un bail et un paiement reçu par une telle personne à titre d'incitation à prendre à bail. Étant donné qu'un bien immobilisé est inmanquablement payé par une dépense en immobilisations et aliéné en contrepartie d'une rentrée de capital, je ne vois pas pourquoi deux acquisitions simultanées par la même partie, c'est-à-dire le bail et le paiement en espèces, doivent être qualifiées de la même façon aux fins de l'impôt simplement parce qu'elles se rapportent à la même opération. Il est évident que le PIL n'a pas été payé en contrepartie de la disposition d'un bien immobilisé; c'est tout le contraire, en fait. La symétrie invoquée par Ikea, bien que commode peut-être, n'est pas nécessairement la règle en droit fiscal.

La question qui doit être posée en l'espèce est de savoir si, vu les faits, le PIL a été reçu par Ikea pour rembourser une dépense ou compenser une perte, et doit être inscrit au compte de produits ou au compte de capital. Le juge Bowman a conclu que le paiement ne pouvait être lié à aucune dépense en immobilisations ou fin d'immobilisation. Il a plutôt dit ceci, à la p. 1125:

La négociation du bail et le paiement du loyer sont toutefois des corollaires nécessaires de l'exploitation de l'entreprise de l'appelante, et dans la détermination du coût, pour l'appelante, de l'exploitation de son entreprise au West Edmonton Mall, on ne peut imaginer comment un tel paiement aurait pu ne pas entrer en ligne de compte. [. . .] Il est vrai, comme l'a fait remarquer le juge Reed dans l'affaire *Westfair Foods Limited*, qu'un revenu *lié* à une entreprise n'est pas nécessairement un revenu *tiré de* cette entreprise. Dans cette affaire, toutefois, le juge traitait d'un revenu qui, bien qu'étant lié à l'entreprise, avait été tiré de la disposition d'un bien en immobilisation de cette entreprise. Ici, nous avons affaire à une rentrée qui, bien que n'ayant pas été tirée de la vente de biens ou de services offerts par la compagnie, est directement et inextricablement liée à la dimension économique de l'opération. Elle influe immédiatement sur les frais devant être payés en raison des opérations commerciales de l'appelante. [En italique dans l'original; je souligne.]

Il a aussi conclu que le paiement faisait «partie intégrale» de tout l'aspect des frais d'exploitation quotidiens d'Ikea et, donc, que la rentrée devait être inscrite au compte des produits parce que,

stituted reimbursement for expenses which were also on income account: either the payment of rent, or the assumption of other obligations incident to carrying on business in the premises, or both.

26 I can find no fault with this reasoning or this conclusion. In *French Shoes Ltd. v. The Queen*, 86 D.T.C. 6359 (F.C.T.D.), Teitelbaum J. observed that where a taxpayer leases premises for its business operations, business efficacy generally dictates the need to do so under the best possible conditions: the least expensive rent, the lowest possible start-up costs, etc. The receipt of a TIP, he noted, can properly be viewed as another such favourable condition, an additional benefit received as an incident of the lease negotiated. The receipt of the benefit assists the taxpayer in earning profit from its business, and is therefore part of the taxpayer's revenue that is derived because of, and comprises part of, its business activity, notwithstanding that on first glance, the receipt might not appear to be of a revenue character because of the irregular circumstances under which it is obtained. In my view, this analysis is eminently sensible and is apposite, notwithstanding that in *French Shoes*, the tenant inducement agreement included a clear stipulation that the TIP was to be applied against inventory.

27 Ikea submitted that Bowman J. premised his conclusion on the improper assumption that simply because the receipt was not capital, it was therefore income. Certainly, it is possible that a given receipt might constitute neither capital nor income for the purposes of the Act; if it is not received from a "source" of income, as that term has been judicially defined, an amount may not be taxable at all: see, for example, *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254. Each receipt must be considered individually in order to ascertain its true character, and it would certainly be improper to classify a receipt

essentiellement, elle constituait le remboursement de dépenses qui étaient aussi imputables à ce compte: c'est-à-dire soit le paiement du loyer, soit la prise en charge d'autres obligations accessoires à l'exploitation de l'entreprise dans les locaux, ou les deux.

Je ne trouve aucune erreur dans ce raisonnement ou dans cette conclusion. Dans *French Shoes Ltd. c. The Queen*, 86 D.T.C. 6359 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Teitelbaum a souligné que, lorsqu'un contribuable loue des locaux pour l'exploitation de son entreprise, l'efficience commerciale commande généralement qu'il le fasse aux meilleures conditions possible: le loyer le moins dispendieux, les frais de démarrage les plus bas possible et autres conditions du genre. La réception d'un PIL, a-t-il souligné, peut à juste titre être considérée comme l'une de ces conditions favorables, un avantage supplémentaire reçu accessoirement au bail négocié. La réception de cet avantage aide le contribuable à tirer un bénéfice de son entreprise, et fait donc partie du revenu que le contribuable tire de son activité commerciale et fait partie de cette activité, même si, à première vue, la rentrée de fonds peut ne pas sembler avoir la nature d'un revenu à cause des circonstances inhabituelles dans lesquelles elle survient. Selon moi, cette analyse est éminemment sensée, et elle est appropriée en dépit du fait que, dans *French Shoes*, l'accord relatif au paiement d'incitation à la location comprenait une stipulation indiquant clairement que le PIL devait être appliqué aux stocks.

Ikea a avancé que le juge Bowman fondait sa conclusion sur la présomption erronée que, du seul fait que la rentrée de fonds n'était pas une rentrée de capital, elle était forcément un revenu. Il est certainement possible qu'une rentrée de fonds puisse ne constituer ni une rentrée de capital ni un revenu aux fins de la Loi; si une somme n'est pas reçue d'une «source» de revenu, selon la définition que les tribunaux ont donnée à ce terme, il est possible qu'elle ne soit pas du tout imposable: voir, par exemple, *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254. Chaque rentrée de fonds doit être examinée individuellement pour déterminer sa véritable nature, et il serait certes inapproprié de qualifier

as income automatically upon the determination that it is not capital.

Having said this, however, I do not believe that this was the treatment accorded to the receipt in the instant case. To begin with, I note that in *Nesbitt Thomson Inc. v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1113 (T.C.C.), at p. 1115, it was held that a TIP was neither fortuitous nor a windfall, but rather was income, given that it was expected, requested, and arose out of active negotiation. Such was certainly the case in the instant appeal. More importantly, though, the above-quoted passage from the reasons of Bowman J. makes clear that his conclusion was not automatic upon the finding that the payment was not a capital receipt. Rather, it was based upon a total analysis of the role of the TIP in the business operated by Ikea and of the purposes for which it was negotiated and obtained.

Ikea further submitted that the two possible justifications posited by Bowman J. for the treatment of the payment as income, that it was either a reduction of rent or consideration for the continued obligation to carry on business pursuant to the lease, do not in fact support such treatment. With respect, I cannot agree. In the first place, the payment of rent is most obviously an expense on revenue account, as it is incurred for the purpose of producing income and does not result in the acquisition of any capital asset. Therefore, the plain fact that the overall expense was reduced in this case by an initial lump-sum payment that, in Ikea's submission, provided an "enduring benefit over the term of the lease" does not support the treatment of the payment as capital. Regardless of the terms or mode of payment, the TIP was made to reimburse an expense on income account and thus was clearly itself income.

As for the second contention, Ikea argued that if the payment were to be characterized as consideration for its continued obligation to carry on busi-

automatiquement une rentrée de fonds de revenu du seul fait qu'elle n'est pas une rentrée de capital.

Cela dit, cependant, je ne pense pas que ce soit le traitement qui ait été accordé à la rentrée de fonds en l'espèce. Pour commencer, je souligne que, dans *Nesbitt Thomson Inc. c. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1113 (C.C.I.), à la p. 1115, il a été statué que le PIL n'avait été ni un événement fortuit ni un profit inattendu, mais qu'il s'agissait plutôt d'un revenu, compte tenu qu'il était attendu, qu'il avait été demandé et qu'il était le fruit de négociations serrées. C'est certainement ce qui s'est passé dans le présent cas. Fait plus important encore, le passage précité des motifs du juge Bowman indique clairement que ce dernier n'a pas tiré automatiquement sa conclusion après avoir constaté que le paiement n'était pas une rentrée de capital. Au contraire, cette conclusion reposait sur une analyse globale du rôle du PIL dans l'entreprise exploitée par Ikea, ainsi que des fins pour lesquelles ce paiement avait été négocié et obtenu.

Ikea a aussi affirmé que les deux justifications possibles avancées par le juge Bowman pour traiter le paiement comme un revenu, d'une part qu'il s'agissait d'une réduction du loyer, d'autre part qu'il s'agissait d'une somme versée en contrepartie de l'obligation de continuer à exploiter l'entreprise en vertu du bail, n'étaient pas, dans les faits, un tel traitement. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Au départ, il est des plus évidents que le paiement du loyer est une dépense imputable au compte de produits, puisqu'elle est engagée pour produire un revenu et qu'elle ne se traduit pas par l'acquisition d'un bien immobilisé. Par conséquent, le fait tout simple que la dépense globale a été réduite en l'espèce par un paiement forfaitaire initial qui, d'affirmer Ikea, a procuré un [TRADUCTION] «avantage durable pendant tout le bail» ne justifie pas de traiter le paiement comme une rentrée de capital. Indépendamment des conditions et du mode de paiement, le PIL a été fait pour rembourser une dépense imputable au compte de produits et il était donc clairement lui-même un revenu.

En ce qui a trait à la deuxième affirmation, Ikea a plaidé que, si le paiement devait être qualifié de contrepartie de son obligation de continuer à

28

29

30

ness in the premises during the term of the lease, it should be considered a capital receipt because such a payment goes to the “structure of the business”. With respect, however, I believe this submission misses the mark. An accurate characterization of the receipt requires an assessment of the nature of the specific obligations in question. In this case, as Bowman J. correctly found, Ikea’s obligations under the lease essentially consisted of the payment of rent and the operation of its business in the leased premises. These were clearly expenses incurred in the day-to-day operation of the business and were therefore on revenue account.

31 In *IBM Canada, supra*, Mogan J. discussed the purpose of TIPs in the following terms (at p. 1274):

Taken at face value, the underlying purpose for the payments was to induce the Appellant to sign the seven leases. But that face value purpose is too simplistic because each lease brings into existence both rights and obligations. In the circumstances of this case, I find that the primary consideration granted by the Appellant for the lease inducement payments was the Appellant’s acceptance of its obligations under the various leases to pay rent during the terms of those leases. Those obligations were on revenue account. . . . I find that the inducement payments flowing from the various landlords to the Appellant are just as much revenue payments as the periodic rental payments flowing from the Appellant to its landlords. [Emphasis added.]

See also *French Shoes, supra*, as a further example of the characterization of this type of expense as being on revenue account.

32 I can see no basis at all on which to distinguish *IBM Canada* from the present case. Therefore, I am of the opinion that this argument must also fail.

33 In my view, Bowman J. was entirely correct in finding that the TIP received by Ikea was on revenue account and should have been included in income for tax purposes. The payment was clearly received as part of ordinary business operations

exploiter son entreprise dans les locaux pendant toute la durée du bail, il devrait être considéré comme une rentrée de capital parce qu’un tel paiement se rapporte à la «structure de l’entreprise». Avec égards, je crois cependant que cet argument manque la cible. Pour qualifier de façon exacte la rentrée de fonds, il faut évaluer la nature des obligations particulières en cause. En l’espèce, ainsi qu’a eu raison de conclure le juge Bowman, les obligations qui incombait à Ikea aux termes du bail étaient essentiellement le paiement du loyer et l’exploitation de son entreprise dans les locaux loués. Il s’agissait clairement de dépenses engagées dans le cours de l’exploitation quotidienne de l’entreprise et donc imputables au compte de produits.

Dans *IBM Canada*, précité, le juge Morgan a décrit l’objet des PIL dans les termes suivants (à la p. 1274):

À première vue, les paiements avaient pour objet d’inciter l’appelante à signer les sept baux. Toutefois, cet objet apparent est trop simpliste, car chaque bail crée à la fois des droits et des obligations. Dans les circonstances entourant la présente espèce, je conclus que la principale contrepartie accordée par l’appelante au titre des paiements incitatifs à la prise à bail résidait dans le fait qu’elle acceptait les obligations qu’elle avait aux termes des divers baux de payer le loyer pendant la durée de ces baux. Ces obligations correspondaient à des sommes déductibles du revenu. [. . .] [J]e conclus que ces paiements faits à l’appelante par les divers propriétaires sont des revenus au même titre que les paiements périodiques de loyer reçus de l’appelante par les propriétaires. [Je souligne.]

Voir également *French Shoes*, précité, pour un autre exemple de qualification de ce type de dépense imputable au compte de produits.

Je ne peux voir aucun fondement permettant de distinguer l’affaire *IBM Canada* du présent cas. Par conséquent, je suis d’avis que cet argument ne saurait être retenu.

Selon moi, le juge Bowman a eu entièrement raison de conclure que le PIL reçu par Ikea relevait du compte de produits et aurait dû être inclus dans le revenu aux fins de l’impôt. Le paiement a clairement été reçu dans le cadre d’activités commer-

and was, in fact, inextricably linked to such operations. On the evidence, no question of linkage to a capital purpose can seriously be entertained. Had Ikea wished, it could have requested that the TIP be advanced expressly for the specific purpose of fixturing, or to defray some other capital cost. It did not do so, however, and the payment was in fact made free of any conditions for or stipulations as to its use. Therefore, whether the TIP represented a reduction in rent or a payment in consideration of Ikea's assumption of its various obligations under the lease, it clearly cannot be treated as a capital receipt and should have been included in Ikea's income. The question that remains, however, is in which taxation year should this inclusion have taken place.

3. *Timing of recognition*

To my mind, the timing analysis in the present case is considerably less complicated than in either *Canderel* or *Toronto College Park*, which involved the deduction of TIPs from the income of the payer, not their inclusion in the income of the recipient. In the present case, the jurisprudence clearly points to the conclusion that the TIP was taxable in the hands of Ikea in the year in which it was received. In *M.N.R. v. Benaby Realities Ltd.*, [1968] S.C.R. 12, Judson J. considered the timing of recognition of certain proceeds of expropriation. He concluded, at p. 16, that the Act "requires that profits be taken into account or assessed in the year in which the amount is ascertained".

Similarly, in *Foothills Pipe Lines*, *supra*, at p. 6612, Urie J.A. provided the following concise summary of the law:

A considerable body of jurisprudence has developed certain principles applicable in determining whether or not sums of money received by a taxpayer are to be con-

ciales ordinaires et, dans les faits, il était inextricablement lié à ces activités. Compte tenu de la preuve, on ne peut sérieusement prétendre que ce paiement avait un rapport avec une fin de nature capitale. Si Ikea l'avait désiré, elle aurait pu demander que le PIL soit fait expressément aux fins des agencements ou pour payer un autre coût en capital. Cependant, elle ne l'a pas demandé, et le paiement a, dans les faits, été effectué libre de toute condition ou stipulation assortissant son utilisation. En conséquence, que le PIL ait représenté une réduction du loyer ou un paiement fait en contrepartie de la prise en charge par Ikea de ses diverses obligations aux termes du bail, il ne peut manifestement pas être considéré comme une rentrée de capital et il aurait dû être inclus dans le revenu d'Ikea. Toutefois, il reste à déterminer au cours de quelle année d'imposition il aurait dû être inclus.

3. *Moment de la comptabilisation du paiement*

Selon moi, l'analyse de la question du moment de la comptabilisation du PIL en l'espèce est considérablement moins compliquée qu'elle ne l'était tant dans *Canderel* que dans *Toronto College Park*, affaires qui portaient sur la déduction de tels paiements du revenu du payeur plutôt que sur leur inclusion dans le revenu du bénéficiaire. Dans le présent cas, la jurisprudence amène clairement à conclure que le PIL est imposable entre les mains d'Ikea dans l'année où il a été reçu. Dans *M.N.R. c. Benaby Realities Ltd.*, [1968] R.C.S. 12, le juge Judson a examiné le moment de la comptabilisation de certaines sommes découlant de mesures d'expropriation et a conclu, à la p. 16, que la Loi [TRADUCTION] «exige que les profits soient comptabilisés ou fassent l'objet d'une cotisation dans l'année où leur montant est établi».

De même, dans *Foothills Pipe Lines*, précité, à la p. 6612, le juge Urie a résumé de façon concise le droit applicable en la matière:

Les nombreuses décisions rendues dans ce domaine ont permis de dégager certains principes s'appliquant pour déterminer si les sommes reçues par un contribuable doivent ou non être considérées comme un revenu au cours de la période fiscale pendant laquelle elles sont

sidered as income in the tax period when received or are to be recorded as a liability or in some other way. . . .

It is useful then to recall that, as a matter of law, amounts become taxable as income in the year of receipt provided the amounts received exhibit the nature and quality of income at that time. [Emphasis added.]

36

In using the term “quality of income”, Urie J.A. referred at p. 6612 to *Kenneth B. S. Robertson Ltd.*, *supra*, at pp. 661, where Thorson J. enunciated the following test as to whether an amount received by a taxpayer has this quality:

Is his right to it absolute and under no restriction, contractual or otherwise, as to its disposition, use or enjoyment?

37

The combined effect of these passages is to confirm what in the law of income tax has become known as the “realization principle”, given that an amount may have the quality of income even though it is not actually received by the taxpayer, but only “realized” in accordance with the accrual method of accounting. The ultimate effect of this principle is clear: amounts received or realized by a taxpayer, free of conditions or restrictions upon their use, are taxable in the year realized, subject to any contrary provision of the Act or other rule of law. The TIP received by Ikea in the present case fits this description perfectly. The tenant inducement agreement made it clear that the sole condition precedent to receipt of the payment was the assumption of Ikea’s obligations under the lease agreement, and further stipulated that the payment was to be made within seven days of Ikea’s commencing business in the premises, pursuant to the lease. Thus, Ikea’s right to the payment became absolute at that time. There were no further strings attached such as to postpone actual realization or receipt into a subsequent taxation year, and the payment was received in full by Ikea in 1986. Therefore, I conclude that the entire amount was taxable in that year.

reçues ou si elles doivent être considérées comme une dette ou d’une autre manière. . . .

Il est bon de rappeler que, légalement, les sommes deviennent un revenu imposable dans l’année où elles ont été reçues à condition qu’elles aient la nature et le caractère d’un revenu à cette époque. [Je souligne.]

En utilisant l’expression «nature d’un revenu», à la p. 6612, le juge Urie renvoyait à l’affaire *Kenneth B. S. Robertson Ltd.*, précitée, où, à la p. 661, le juge Thorson avait énoncé le critère suivant pour déterminer si une somme reçue par un contribuable avait cette nature:

[TRADUCTION] Est-ce que son droit à ce montant est absolu et sans aucune restriction, contractuelle ou autre, quant à sa disposition, son usage ou sa jouissance?

Mis ensemble, ces passages ont pour effet de confirmer ce qui, en droit fiscal, est maintenant connu sous le nom de «principe de réalisation», qui tient compte du fait qu’une somme peut avoir la nature d’un revenu même si elle n’est pas effectivement reçue par le contribuable mais seulement «réalisée» conformément à la méthode de la comptabilité d’exercice. En bout de ligne, l’effet de ce principe est clair: les sommes reçues ou réalisées par un contribuable — libres de conditions ou restrictions assortissant leur utilisation — sont imposables dans l’année où elles sont réalisées, sous réserve de toute disposition contraire de la Loi ou d’une autre règle de droit. Le PIL reçu par Ikea en l’espèce correspond parfaitement à cette description. L’accord relatif au paiement d’incitation à la location stipulait clairement, d’une part, que la seule condition de réception du paiement était la prise en charge par Ikea des obligations que lui faisait le bail, et, d’autre part, que le paiement serait fait dans les sept jours suivant le début de l’exploitation par Ikea de son entreprise dans les locaux, conformément au bail. Par conséquent, le droit d’Ikea au paiement est devenu absolu à ce moment-là. Il n’y avait aucune autre condition ayant pour effet de reporter la réalisation ou la réception du paiement à une autre année d’imposition, et celui-ci a été reçu au complet par Ikea en 1986. Je conclus donc que toute la somme était imposable cette année-là.

I cannot accept Ikea's argument that the case law relied upon by the courts below is not relevant to this case. Ikea notes that *Robertson* was decided not under the present *Income Tax Act* but under its predecessor, the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97. That statute made taxable all income received in a year and did not permit computation of profit on the accrual basis, which is now the only acceptable method in most cases. Therefore, it is argued, the "matching principle" of accounting, the application of which was held to be mandatory by the Federal Court of Appeal in both *Canderel* and *Toronto College Park*, was not then relevant and the computation of profit was a completely different matter.

As this Court has held today in both of the latter cases, however, the correct approach to the determination of profit for tax purposes is for the taxpayer to adopt a method of computation which is consistent with the Act, with established rules of law, and with well-accepted business principles, and which gives an accurate picture of the taxpayer's income for the taxation year in question. The "matching principle" is not an overriding rule of law, and there is no reason to apply it as paramount to or in lieu of the "realization principle", which is of key importance in the present circumstances. Indeed, I cannot see how the amortization of the TIP in this case could possibly yield a truer picture of income than its immediate inclusion. Ikea received a large sum of money with no conditions attached as to its use. It was free to dispose of the money whenever it chose and in whatever manner it saw fit. In my view, it would constitute a serious distortion of Ikea's taxation picture to ignore the fact that this entire amount was freely available to it as of the 1986 taxation year.

This situation is quite different from that canvassed in *Canderel*, where the issue was when a

Je ne peux accepter l'argument d'Ikea que la jurisprudence invoquée par les tribunaux d'instance inférieure n'est pas pertinente en l'espèce. Ikea a souligné que l'arrêt *Robertson* n'a pas été rendu en application de la présente *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais plutôt de la loi qui l'a précédée, la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97. Cette loi déclarait imposable tout revenu reçu dans une année et ne permettait pas le calcul du bénéfice au moyen de la comptabilité d'exercice, méthode qui est maintenant la seule acceptable dans la plupart des cas. En conséquence, plaide-t-on, le «principe [comptable] du rattachement», dont l'application a été jugée obligatoire par la Cour d'appel fédérale tant dans *Canderel* que dans *Toronto College Park*, n'était donc pas pertinent et le calcul du bénéfice était une question tout à fait différente.

Toutefois, ainsi qu'a statué notre Cour aujourd'hui dans ces deux autres pourvois, la bonne façon d'aborder la question de la détermination du bénéfice aux fins de l'impôt est que le contribuable doit adopter une méthode de calcul qui soit conforme à la Loi, aux autres règles de droit établies et aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires, et qui donne une image fidèle du revenu du contribuable pour l'année d'imposition en question. Le «principe du rattachement» n'est pas une règle de droit dominante, et il n'y a aucune raison de l'appliquer comme principe supplantant ou remplaçant le «principe de réalisation», qui revêt une importance clé dans les présentes circonstances. De fait, je ne vois pas comment, en l'espèce, le fait d'amortir le PIL pourrait donner une image plus fidèle du revenu que son inclusion immédiate. Ikea a reçu une somme d'argent considérable, qui n'était assortie d'aucune condition d'utilisation. Elle était libre de disposer de cette somme comme bon lui semblait. Selon moi, ce serait créer une grave distorsion de l'image de la situation fiscale d'Ikea que de faire abstraction du fait que l'ensemble de cette somme était disponible sans condition pour Ikea dès l'année d'imposition 1986.

Cette situation est très différente de celle examinée dans *Canderel*, où la question en litige était de

TIP is to be deducted from the income of the payer, rather than included in the income of the payee. There, in a proper fact situation (though not in *Canderel* or *Toronto College Park*), it could well be argued that the payment relates directly to specific items of revenue to be realized in subsequent taxation years, and that a more accurate picture of income is thus to be obtained via matching. But I fail to see how a TIP to which the payee's right accrues immediately upon the assumption of its obligations under a contract can properly be said to relate to future expenditures. The consideration for the TIP is not the future payment of rent, but rather, the immediate assumption of the contractual obligations. In such a case, unless otherwise specified by the inducement agreement, then, and in the absence of statutory or case law authority to the contrary, the realization approach commends itself as that which will give a more accurate picture of the taxpayer's income.

savoir à quel moment un PIL doit être déduit du revenu du payeur, plutôt qu'inclus dans celui du bénéficiaire. Dans un cas où la situation de fait s'y prête (ce qui n'était le cas ni dans *Canderel* ni dans *Toronto College Park*), on pourrait fort bien plaider que le paiement se rapporte directement à des revenus précis devant être réalisés au cours d'années d'imposition ultérieures, et qu'une image plus fidèle du revenu pourra donc être obtenue grâce au rattachement. Toutefois, je ne vois pas comment on pourrait affirmer qu'un PIL auquel le bénéficiaire a droit dès qu'il assume les obligations que lui fait un contrat se rapporte à des dépenses futures. La contrepartie pour le PIL n'est pas le paiement futur du loyer, mais plutôt la prise en charge immédiate des obligations contractuelles. Dans un tel cas, sauf stipulation contraire de l'accord relatif au paiement d'incitation à la location, et en l'absence de texte de loi ou d'arrêt à l'effet contraire, le principe de réalisation s'impose comme celui qui donnera une image plus fidèle du revenu du contribuable.

41 Before concluding, one final matter bears mentioning. Even if this approach is prone to lead to asymmetry in some future case, where a TIP might be amortizable by the payer over the term of the lease but should properly be included in income immediately by the payee, such is perhaps an inevitable consequence of the attempt to obtain an accurate picture of each taxpayer's income. It should be of no real concern to the law, however. Each case must necessarily turn on its individual facts, and on the particular situation of each individual taxpayer. The desirability of an accurate picture of income, in my view, inherently outweighs the possible inconvenience of an asymmetrical result in the occasional case. In this regard, I am in agreement with Robertson J.A. in the court below.

Avant de conclure, un dernier point vaut d'être mentionné. Même si cette méthode risque d'être cause d'asymétrie dans quelque future affaire, où le PIL pourrait être amortissable par le payeur sur la durée du bail, mais devrait néanmoins être inclus immédiatement par le bénéficiaire dans son revenu, il s'agit peut-être là d'une conséquence inévitable si l'on veut obtenir une image fidèle du revenu de chaque contribuable. Cela ne devrait pas vraiment être une préoccupation en droit, cependant. En effet, chaque affaire dépend nécessairement des faits qui lui sont propres et de la situation particulière du contribuable. À mon avis l'intérêt d'obtenir une image fidèle du revenu l'emporte intrinsèquement sur les inconvénients possibles qu'entraînerait le fait d'aboutir à l'occasion à un résultat asymétrique dans une autre affaire. À cet égard, je suis d'accord avec le juge Robertson de la Cour d'appel.

VI. Disposition

VI. Le dispositif

42 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant: Thorsteinssons, Vancouver.

Procureurs de l'appelante: Thorsteinssons, Vancouver.

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

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

Mary Margaret Hall *Appellant*

v.

The Deputy Minister of Revenue of Quebec *Respondent*

INDEXED AS: HALL v. QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE)

File No.: 25369.

Hearing and judgment: December 3, 1997.

Reasons delivered: February 12, 1998.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Estates — Seizin — Testamentary executor and universal legatee — Nature and effect of seizin of testamentary executor and seizin of legatee — Coexistence of two seizins — Whether executor's seizin prevails over that of legatee — Whether testamentary executor's seizin extends to fruits and income generated after testator's death — Civil Code of Lower Canada, arts. 409, 891, 918.

Taxation — Estate — Universal legatee — Taxation Act providing that income of estate must be included in computing taxable income of person entitled to demand payment thereof during taxation year — Time when person entitled to demand payment thereof — Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 652, 663 — Civil Code of Lower Canada, arts. 891, 918.

The appellant's husband died in 1985. In his will, he named her the residuary legatee of all the property of the estate, which included an investment portfolio. During its first fiscal year, the estate received \$38,329 in interest and dividend income from the investment portfolio. In that fiscal year, the estate reported approximately \$27,580 in investment income, while the appellant reported the \$10,910 that had been distributed to her by the estate. In 1987, the testamentary executor ended his administration, paid the residue of the estate to the appellant and transferred the securities to her name. The following year, the Ministère du Revenu issued a new notice of assessment to the appellant in respect of the 1986 taxation year that added \$30,329 to her income. It

Mary Margaret Hall *Appelante*

c.

Le sous-ministre du Revenu du Québec *Intimé*

RÉPERTORIÉ: HALL c. QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU)

N° du greffe: 25369.

Audition et jugement: 3 décembre 1997.

Motifs déposés: 12 février 1998.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Successions — Saisine — Exécuteur testamentaire et légataire universel — Nature et effet des saisines de l'exécuteur testamentaire et du légataire — Coexistence des deux saisines — La saisine de l'exécuteur a-t-elle préséance sur celle du légataire? — La saisine de l'exécuteur testamentaire s'étend-elle aux fruits et revenus générés après la mort du testateur? — Code civil du Bas Canada, art. 409, 891, 918.

Droit fiscal — Succession — Légataire universel — Disposition fiscale prévoyant que le revenu d'une succession doit être inclus dans le calcul du revenu imposable d'une personne qui avait le droit d'en exiger le paiement lors de l'année d'imposition — À quel moment cette personne a-t-elle le droit d'en exiger le paiement? — Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 652, 663 — Code civil du Bas Canada, art. 891, 918.

En 1985, le mari de l'appelante décède. Aux termes de son testament, il la désigne légataire résiduaire de tous les biens de la succession, composée notamment d'un portefeuille de valeurs mobilières. Durant sa première année fiscale, la succession touche 38 329 \$ en revenus d'intérêts et dividendes provenant du portefeuille de valeurs mobilières. Dans cette année fiscale, la succession déclare des revenus de placements d'environ 27 580 \$, alors que l'appelante déclare la somme de 10 910 \$ qui lui a été distribuée par la succession. En 1987, l'exécuteur testamentaire termine son administration, verse le résidu de la succession à l'appelante et transfère les valeurs mobilières à son nom. L'année suivante, le ministère du Revenu envoie à l'appelante un

claimed that this amount, which represented interest and dividends not paid to the appellant, was "payable" to her by the estate under s. 652 of the *Taxation Act* ("T.A.") and was therefore taxable in her hands. The appellant filed a notice of appeal in the Court of Québec against this new notice of assessment. The appeal was dismissed, and the Court of Appeal affirmed the decision of the Court of Québec.

Held: The appeal should be allowed. The new notice of assessment in respect of the 1986 taxation year should be quashed.

While the testator referred in his will to his "trustees and executors", which might be taken as expressing an intention to create a trust, the absence of a transfer or conveyance of the property to a trustee precludes such a conclusion. The will simply created a testamentary succession. Furthermore, s. 646 *T.A.* does not have the effect of equating a simple testamentary succession with a trust. The legislature employed a specific drafting technique and used the word "trust" to cover several concepts in order to simplify the text of the Act.

Pursuant to ss. 652 and 663 *T.A.*, the income of an estate must be included in computing the taxable income of a person who was entitled to demand payment of it during the taxation year, whether or not the income was paid to the person. However, it is necessary to refer to the principles of civil law, and more specifically to the concept of seizin, in order to determine as of when such a person is entitled to demand payment thereof. A joint reading of arts. 891 and 918 *C.C.L.C.* leads to the conclusion that a legatee is entitled to demand payment of what the testamentary executor owes him or her, regardless of whether or not he or she has been paid any amount, only once the executor's seizin has terminated. The seizin devolved upon the legatee by operation of art. 891 *C.C.L.C.* confers on the legatee the rights relating to possession of the property bequeathed to him or her. Although the legatee is also the owner of that property as of the testator's death, the executor's seizin prevails over that of the legatee. Even though executors have only *de facto* possession, art. 918 *C.C.L.C.* authorizes them to claim the moveable property of the estate, even in the legatee's hands, during the period of their seizin. It is by means of their seizin that executors control the estate patrimony and execute the will. Once this execution is terminated, the seizin comes to an end even if the testator extended it beyond that time. The executor is thus a mandatary responsible for

nouvel avis de cotisation concernant l'année d'imposition 1986 afin d'ajouter à son revenu 30 329 \$. Il prétend que ce montant, qui représente les intérêts et dividendes non versés à l'appelante, était «payable» à celle-ci par la succession en vertu de l'art. 652 de la *Loi sur les impôts* («*L.I.*») et était donc imposable entre ses mains. L'appelante dépose en Cour du Québec un avis d'appel à l'encontre de ce nouvel avis de cotisation. Cet appel est rejeté et la décision de la Cour du Québec est confirmée par la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. Le nouvel avis de cotisation concernant l'année d'imposition 1986 est annulé.

Bien que, dans son testament, le testateur réfère à ses «exécuteurs testamentaires et fiduciaires», ce qui peut laisser croire à une intention de créer une fiducie, l'absence d'une cession ou d'un transport des biens à un fiduciaire ne permet pas une telle conclusion. Le testament crée simplement une succession testamentaire. De plus, l'art. 646 *L.I.* n'a pas pour effet d'assimiler la simple succession testamentaire à une fiducie. Le législateur a employé une technique particulière de rédaction et utilisé le terme «fiducie» pour différents concepts, et ce, afin d'alléger le texte de loi.

En vertu des art. 652 et 663 *L.I.*, le revenu d'une succession doit être inclus dans le calcul du revenu imposable d'une personne qui avait le droit d'en exiger le paiement lors de l'année d'imposition, que ce revenu lui ait été versé ou non. Il faut toutefois recourir aux principes de droit civil, et plus particulièrement à la notion de saisine, pour déterminer à quel moment cette personne a le droit d'en exiger le paiement. Une lecture combinée des art. 891 et 918 *C.c.B.C.* mène à la conclusion qu'un légataire a le droit d'exiger le paiement de ce qui lui est dû par l'exécuteur testamentaire, sans égard au montant qui lui a été versé ou non, une fois seulement que la saisine de l'exécuteur aura pris fin. La saisine dévolue au légataire par l'effet de l'art. 891 *C.c.B.C.* lui confère les droits reliés à la possession des biens qui lui ont été légués. Malgré le fait que le légataire soit également le propriétaire de ces biens depuis le décès du testateur, la saisine de l'exécuteur a préséance sur celle du légataire. Bien que l'exécuteur n'ait qu'une possession de fait, l'art. 918 *C.c.B.C.* l'autorise, pendant la durée de sa saisine, à revendiquer les biens mobiliers de la succession, même entre les mains de l'héritier ou du légataire. C'est par le biais de sa saisine qu'il contrôle le patrimoine successoral et veille à l'exécution du testament. Une fois cette exécution terminée, la saisine prend fin, peu importe que le testateur ait prolongé la saisine au-delà de cette période. L'exécuteur se trouve donc à être un

executing the will. Until the executor's seizin has terminated, the legatee's rights are therefore secondary to those of the executor and the legatee cannot exercise his or her rights in the bequeathed property. Since in this case the right to bring an action in revendication against the executor had not yet arisen in 1986 — because the administration of the estate had not yet been completed and the executor's seizin was still in effect — the appellant could not demand payment of the income from the moveable property in the first year of the succession.

The interest and dividends generated by the securities bequeathed to the appellant were subject to the testamentary executor's seizin. The effect of the right of accession provided for in art. 409 *C.C.L.C.* is to make the fruits and income subject to the same rules as the principal property. Thus, universal legatees become *ipso jure* the owners of the fruits and income produced by the property to which they are entitled. However, this right of ownership is subject to the same conditions as the principal, that is, the fruits and income from the property covered by the executor's seizin are also included in that seizin and are not "payable" to the universal legatee until the estate has been administered. In this case, by granting the executor a seizin in terms as broad as those provided for in the will, the testator expected the executor to have the power to administer the fruits and income generated by the bequeathed property. The testator was under no obligation to specify that these fruits and income were included in the executor's seizin, since they were included in it by operation of the law alone. It is only when a testator wishes to exclude the fruits and income from the property included in the executors' seizin that he or she must do so expressly. Furthermore, the rule that the income produced by the immoveables is not included cannot be applied to the income produced by the moveables, since the former are excluded from the seizin. However, where, as here, the testator states that the immoveables are included in the estate, the income they produce is also included in the executors' seizin by virtue of the principle of accession.

Cases Cited

Referred to: *Royal Trust v. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1990] R.D.F.Q. 36; *Blanchet v. Blanchet* (1861), 11 L.C.R. 204; *D'Aoust-Rudenko v. Bédard*, Sup. Ct. Hull, No. 550-05-000073-893, February 16, 1989; *Saint-Aubin v. Crevier* (1905), 28 C.S. 392.

mandataire chargé d'exécuter le testament. Ainsi, tant que la saisine de l'exécuteur n'a pas pris fin, les droits du légataire sont secondaires à ceux de l'exécuteur et le légataire ne peut exercer ses droits sur les biens légués. Puisqu'en l'espèce le droit à l'action en revendication contre l'exécuteur n'avait pas encore pris naissance en 1986 — l'administration de la succession n'était pas encore complétée et la saisine de l'exécuteur était toujours en vigueur —, l'appelante ne pouvait exiger le paiement des revenus des biens meubles dès la première année de la succession.

Les intérêts et dividendes générés par les valeurs mobilières léguées à l'appelante étaient assujettis à la saisine de l'exécuteur testamentaire. Le droit d'accession prévu à l'art. 409 *C.c.B.C.* a pour effet d'assujettir les fruits et revenus aux mêmes règles que le bien principal. Ainsi, le légataire universel devient *ipso jure* propriétaire des fruits et revenus produits par les biens auxquels il a droit. Toutefois, ce droit de propriété est soumis aux mêmes conditions que le principal, c'est-à-dire, les fruits et revenus des biens visés par la saisine de l'exécuteur y sont aussi compris et ne sont «payables» au légataire universel qu'une fois l'administration de la succession complétée. En l'espèce, en conférant à l'exécuteur une saisine dans des termes aussi larges que ceux prévus au testament, le testateur a anticipé que l'exécuteur aurait le pouvoir d'administrer les fruits et revenus générés par les biens légués. Le testateur n'avait aucune obligation de préciser que ces fruits et revenus tombaient dans la saisine de l'exécuteur puisqu'ils en faisaient partie par le seul effet de la loi. Ce n'est que lorsqu'un testateur désire soustraire les fruits et revenus des biens visés par la saisine des exécuteurs qu'il faut le prévoir expressément. De plus, on ne peut appliquer aux revenus produits par les meubles la règle de non-inclusion des revenus générés par les immeubles, ces derniers étant exclus de la saisine. Toutefois si, comme ici, le testateur précise que les immeubles tombent dans la succession, les revenus produits par ces immeubles tombent aussi dans la saisine des exécuteurs en vertu du principe d'accession.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Royal Trust c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1990] R.D.F.Q. 36; *Blanchet c. Blanchet* (1861), 11 L.C.R. 204; *D'Aoust-Rudenko c. Bédard*, C.S. Hull, n° 550-05-000073-893, 16 février 1989; *Saint-Aubin c. Crevier* (1905), 28 C.S. 392.

Statutes and Regulations Cited

- Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31, s. 14.
Civil Code of Lower Canada, arts. 409, 596, 863 et seq., 871, 891, 918, 921, 981a et seq.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 777.
Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 646, 647, 652, 663 [repl. 1984, c. 15, s. 143].

Authors Cited

- Brière, Germain. *Précis du droit des successions*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993.
 Comtois, Roger. «L'exécuteur testamentaire» (1967), 2 *R.J.T.* 533.
 Jolin, Marc. *Les impôts sur le revenu et le décès*. Montréal: Association québécoise de planification successorale, 1978 (feuilles mobiles mises à jour en décembre 1994, envoi n° 19).
 Mayrand, Albert. *Les successions ab intestat*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1971.
 Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 3 et 4. Montréal: Théoret, 1897-1899.
 Planiol, Marcel, et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, 2^e éd. par André Trasbot et Yvon Loussouarn. Paris: L.G.D.J., 1957.
 Smyth, Jerome C. «Seizin in the Quebec Law of Successions» (1956-57), 3 *McGill L.J.* 171.
 Toullier, Charles Bonaventure Marie. *Le droit civil français*, t. 4, 5^e éd. Paris: J. Renouard, 1830.
Traité de droit civil du Québec, t. 5, par Hervé Roch. Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1996] R.D.F.Q. 41, 96 D.T.C. 6538, [1996] Q.J. No. 942 (QL), affirming a decision of the Court of Québec, [1991] R.D.F.Q. 194. Appeal allowed.^c

J. L. Marc Boivin, for the appellant.

Pierre Séguin and Martine Bergeron, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. — Following the hearing of this case, the appeal was allowed from the bench with reasons to follow. These are those reasons. This appeal raises two fundamental issues relating to

Lois et règlements cités

- Code civil du Bas Canada*, art. 409, 596, 863 et suiv., 871, 891, 918, 921, 981a et suiv.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 777.
Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 14.
Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 646, 647, 652, 663 [reempl. 1984, ch. 15, art. 143].

Doctrines citées

- Brière, Germain. *Précis du droit des successions*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993.
 Comtois, Roger. «L'exécuteur testamentaire» (1967), 2 *R.J.T.* 533.
 Jolin, Marc. *Les impôts sur le revenu et le décès*. Montréal: Association québécoise de planification successorale, 1978 (feuilles mobiles mises à jour en décembre 1994, envoi n° 19).
 Mayrand, Albert. *Les successions ab intestat*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1971.
 Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 3 et 4. Montréal: Théoret, 1897-1899.
 Planiol, Marcel, et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, 2^e éd. par André Trasbot et Yvon Loussouarn. Paris: L.G.D.J., 1957.
 Smyth, Jerome C. «Seizin in the Quebec Law of Successions» (1956-57), 3 *McGill L.J.* 171.
 Toullier, Charles Bonaventure Marie. *Le droit civil français*, t. 4, 5^e éd. Paris: J. Renouard, 1830.
Traité de droit civil du Québec, t. 5, par Hervé Roch. Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1996] R.D.F.Q. 41, 96 D.T.C. 6538, [1996] A.Q. n° 942 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour du Québec, [1991] R.D.F.Q. 194. Pourvoi accueilli.

J. L. Marc Boivin, pour l'appelante.

Pierre Séguin et Martine Bergeron, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Suite à l'audition de cette affaire, l'appel a été accueilli séance tenante avec motifs à suivre. Voici ces motifs. Deux questions fondamentales touchant au droit des successions au

the Quebec law of successions. The first concerns the nature and effects of the testamentary executor's seizin. The second is whether the fruits and income generated by property after the testator's death are subject to the executor's administration or whether they pass unconditionally to the heirs and legatees.

I. Facts

2 George W. Hall, the appellant's husband, died on May 3, 1985. In his will, he named her the residuary legatee of all the property of the estate.

3 The estate included an investment portfolio. The will appointed the appellant and her son James Douglas Hall as testamentary executors. In view of the appellant's advanced age and lack of business experience, it was Mr. Hall who settled the estate. The will listed and specified the powers of the testamentary executors, extending them beyond the year and a day provided for in art. 918 of the *Civil Code of Lower Canada*. More specifically, clause 8 of the will read in part as follows:

My Executors and Trustees shall have seizin and possession of all my property, moveable and immoveable, real and personal, and with powers beyond the year and a day limited by law and until the complete execution of this my will and the final division and distribution of the capital of my estate.

In addition to all other powers they have by law, my Executors and Trustees shall, without judicial authorization or the consent of any beneficiary, have the following powers which they may exercise in their uncontrolled discretion:

(a) to sell, hypothecate and alienate from time to time all or any part of the property of my estate, moveable as well as immoveable, to receive the proceeds and consideration and grant discharge and main-levée therefor and also to abandon or give away any property, moveable or immoveable that they may consider worthless;

Québec sont soulevées par le présent pourvoi. Premièrement, il traite de la nature et des effets de la saisine de l'exécuteur testamentaire. Deuxièmement, la question se pose de savoir si les fruits et revenus générés par un bien après le décès du testateur sont assujettis à l'administration de l'exécuteur ou si lesdits fruits et revenus passent, sans condition, aux héritiers et légataires testamentaires.

I. Faits

Le 3 mai 1985, George W. Hall, mari de l'appelante, décède. Aux termes de son testament, il désigne cette dernière légataire résiduaire de tous les biens de la succession.

La succession est composée, entre autres biens, d'un portefeuille de valeurs mobilières. Le testament désigne l'appelante et son fils, M^e James Douglas Hall, comme exécuteurs testamentaires. Compte tenu de l'âge avancé de l'appelante et de son manque d'expérience en affaires, c'est M^e Hall qui s'occupe de régler la succession. Le testament énumère et précise les pouvoirs des exécuteurs testamentaires et les étend au-delà de l'an et jour prévus à l'art. 918 du *Code civil du Bas Canada*. Plus précisément, la clause 8 du testament stipule en partie:

[TRADUCTION]

Mes exécuteurs testamentaires et fiduciaires auront la saisine et la possession de tous mes biens, meubles et immeubles, réels et personnels ainsi que les pouvoirs y afférents au-delà de l'an et jour prévus par la loi, jusqu'à la complète exécution de mon testament et jusqu'à l'entier partage du capital de ma succession.

Outre tous les autres pouvoirs qui leurs sont accordés par la loi, mes exécuteurs testamentaires et fiduciaires auront, sans formalité de justice et sans le consentement de tout bénéficiaire, les pouvoirs suivants qu'ils pourront exercer à leur entière discrétion:

a) vendre, hypothéquer et aliéner, au besoin, en tout ou en partie, les biens meubles et immeubles de ma succession, recevoir le produit et la contrepartie découlant de leur vente, en donner quittance et mainlevée et aussi abandonner ou donner tout bien, meuble ou immeuble, qu'ils considèrent sans valeur;

(b) to invest and re-invest all moneys of my estate. . . .

. . . .

(f) to determine whether any moneys received or disbursed shall be on account of capital or of income or of both and in what proportions, and all other questions of like character which may arise in the course of their administration;

. . . .

(j) to postpone the sale, realization, calling in and conversion of the whole or any part of the assets of my estate without being responsible for any loss resulting from such postponement, particularly as to any shares of The Royal Trust Company which I may own at the time of my death, it being my desire that my Executors and Trustees may retain them as long as they deem it advisable to do so;

. . . .

(n) and generally to perform all acts of administration and also other acts or [sic] ownership in the same manner and with the same effect as if they were the absolute owners of my estate and to decide all questions which may arise in the course of their administration, realization, partition or winding up of my estate and their decision, whether made in writing or implied by their acts, shall be conclusive and binding on all beneficiaries. [Emphasis added.]

During its first fiscal year ending May 3, 1986, the estate received \$38,329 in interest and dividend income from the investment portfolio. This sum was deposited in the name of the estate in a bank account opened for that purpose. During that first fiscal year, the estate paid off the testator's debts, paid a portion of the individual legacies and distributed \$10,910 to the appellant. In its income tax return for that fiscal year, the estate reported approximately \$27,580 in investment income, while the appellant reported the \$10,910 that had been distributed to her.

On December 14, 1987, the Quebec Ministère du Revenu issued a certificate of distribution pursuant to s. 14 of the *Act respecting the Ministère du*

b) investir et investir de nouveau toutes les sommes d'argent de ma succession

. . . .

f) déterminer si toute somme d'argent reçue ou déboursée sera imputable au principal ou au revenu ou aux deux et dans quelles proportions, de même que trancher toutes les autres questions de nature similaire pouvant se poser dans le cadre de leur administration;

. . . .

j) reporter la vente, la réalisation, le rappel et la conversion, en tout ou en partie, de l'actif de ma succession, sans être responsables de toute perte découlant d'un tel report, particulièrement en ce qui concerne toute action de la Royal Trust Company que je posséderai au moment de mon décès, ma volonté étant que mes exécuteurs testamentaires et fiduciaires puissent les conserver aussi longtemps qu'ils le jugeront souhaitable;

. . . .

n) de façon générale, accomplir tous les actes d'administration et autres actes de propriété comme ils le feraient et avec les mêmes effets que s'ils étaient les propriétaires absolus des biens de ma succession et trancher toutes les questions pouvant se poser dans le cadre de l'administration, de la réalisation, du partage ou de la liquidation qu'ils feront de ma succession et leurs décisions, qu'elles soient faites par écrit ou qu'elles découlent implicitement de leurs actes, seront définitives et lieront tous les bénéficiaires. [Je souligne.]

Durant sa première année fiscale se terminant le 3 mai 1986, la succession touche la somme de 38 329 \$ en revenus d'intérêts et dividendes provenant du portefeuille de valeurs mobilières. Cette somme est déposée au nom de la succession dans un compte de banque ouvert à cette fin. Au cours de cette première année fiscale, la succession acquitte les dettes du testateur, paie une partie des legs particuliers et distribue à l'appelante la somme de 10 910 \$. Dans sa déclaration de revenus relative à cette année fiscale, la succession s'impose sur des revenus de placements d'environ 27 580 \$, alors que l'appelante s'impose sur la somme de 10 910 \$ qui lui a été distribuée.

Le 14 décembre 1987, le ministère du Revenu du Québec délivre un certificat de distribution en vertu de l'art. 14 de la *Loi sur le ministère du*

Revenu, R.S.Q., c. M-31. Shortly thereafter, the estate ended its administration, paid the residue to the appellant and transferred the securities to her name.

6 On April 15, 1988, the Ministère du Revenu issued a new notice of assessment to the appellant in respect of the 1986 taxation year that added \$30,329.76 to her income. The respondent claimed that this amount, which represented interest and dividends not paid to the appellant, was “payable” to the appellant by the estate within the meaning of s. 652 of the *Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3 (“T.A.”), and was therefore taxable in her hands. On December 16, 1988, the appellant filed a notice of appeal in the Court of Québec against this new notice of assessment. On July 19, 1991, the appeal was dismissed by Judge Louis Robichaud of the Court of Québec (Civil Division). The Court of Appeal unanimously affirmed that decision on April 17, 1996.

II. Relevant Statutory Provisions

7 Sections 646, 652 and 663 T.A. read as follows at the relevant time:

646. In this Part, a trust, wherever it is created, or an estate, referred to in this title as a “trust”, shall also include the trustee, testamentary executor, administrator, heir or other legal representative having ownership or control of the property of the trust or estate.

Likewise, a beneficiary shall include every person having a right in a trust.

652. For the purposes of paragraph *a* of section 657 and sections 663, 667 and 672 to 676, an amount shall not be considered payable in a taxation year unless it has actually been paid in the year to the person to whom it was payable or unless that person was entitled to demand payment of it in that year.

663. The income of a trust for a taxation year, before any deduction under section 130.1, paragraphs *a* and *b* of section 657 or the regulations made under paragraph *a* of section 130, must also, in the case of a trust other than a trust governed by an employee benefit plan, be included in computing the income of a beneficiary for the year to the extent that it has become payable to him in the year, whether or not it is paid to him, and must

Revenu, L.R.Q., ch. M-31. Peu après, la succession termine son administration, verse le résidu à l’appelante et transfère les valeurs mobilières à son nom.

Le 15 avril 1988, le ministère du Revenu envoie à l’appelante un nouvel avis de cotisation concernant l’année d’imposition 1986 afin d’ajouter à son revenu une somme de 30 329,76 \$. L’intimé prétend que ce montant, qui représente les intérêts et les dividendes non versés à l’appelante, était «payable» à l’appelante par la succession aux termes de l’art. 652 de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., ch. I-3 («L.I.»), et était donc imposable entre ses mains. Le 16 décembre 1988, l’appelante dépose en Cour du Québec un avis d’appel à l’encontre de ce nouvel avis de cotisation. Le 19 juillet 1991, l’appel est rejeté par le juge Louis Robichaud de la Cour du Québec (chambre civile). Cette décision est ensuite confirmée unanimement par la Cour d’appel, le 17 avril 1996.

II. Dispositions législatives pertinentes

Les articles 646, 652 et 663 L.I. se lisaient ainsi à l’époque:

646. Dans la présente partie, une fiducie, quel que soit l’endroit de sa création, ou une succession, désignées dans le présent titre par l’expression «fiducie», comprennent également le fiduciaire, l’exécuteur testamentaire, l’administrateur, l’héritier ou tout autre représentant légal ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie ou de la succession.

De même, un bénéficiaire comprend toute personne ayant un droit dans une fiducie.

652. Aux fins du paragraphe *a* de l’article 657 et des articles 663, 667 et 672 à 676, un montant n’est considéré payable dans une année d’imposition que s’il a été effectivement payé dans l’année à la personne à laquelle il était payable ou que si cette personne avait le droit d’en exiger le paiement dans cette année.

663. Le revenu d’une fiducie pour une année d’imposition avant toute déduction en vertu de l’article 130.1, des paragraphes *a* et *b* de l’article 657 et des règlements adoptés en vertu du paragraphe *a* de l’article 130, doit également être inclus dans le calcul du revenu, dans le cas d’une fiducie qui n’est pas régie par un régime de prestations aux employés, d’un bénéficiaire pour l’année dans la mesure où il est devenu à payer à ce dernier dans

not be included for any subsequent year in which payment is made and, in the case of a trust governed by such a plan, of a person who has contributed to the plan as an employer to the extent that it was paid in the year to that person. [Emphasis added.]

Articles 409, 871, 891, 918 and 921 *C.C.L.C.* provide as follows:

409. The natural and industrial fruits of the earth, civil fruits, and the increase of animals, belong to the proprietor by right of accession.

871. Fruits and interest arising from the thing bequeathed accrue to the benefit of the legatee from the time of the death of the testator, when the latter has expressly declared in the will his intention to that effect.

Life-rents or pensions, bequeathed by way of maintenance, also begin from the date of the testator's death.

In all other cases, fruits and interest do not accrue until they are judicially demanded, or until the debtor of the legacy is put in default.

891. Legatees by whatever title, are, by the death of the testator, or by the event which gives effect to the legacy, seized of the right to the thing bequeathed, in the condition in which it then is, together with all its necessary dependencies, and with the right to obtain payment, and to prosecute all claims resulting from the legacy, without being obliged to obtain legal delivery.

918. Testamentary executors, for the purposes of the execution of the will, are seized as legal depositaries of the moveable property of the succession, and may claim possession of it even against the heir or legatee.

This seizin lasts for a year and a day reckoning from the death of the testator, or from the time when the executor was no longer prevented from taking possession.

When his duties are at an end, the testamentary executor must render an account to the heir or legatee who receives the succession, and pay him over the balance remaining in his hands.

If, under the will, his duties are extended beyond the year and a day, he shall, upon the request of the heir or legatee or of one of the heirs or legatees, produce from time to time a summary account of his management and of the administration of the properties of the succession

l'année, qu'il lui soit versé ou non, et ne doit pas l'être pour une année subséquente où le paiement est effectué, et, dans le cas d'une fiducie régie par un tel régime, d'une personne qui a contribué au régime à titre d'employeur dans la mesure où il a été payé dans l'année à cette personne. [Je souligne.]

Les articles 409, 871, 891, 918 et 921 *C.c.B.C.* énoncent:

409. Les fruits naturels ou industriels de la terre, les fruits civils, le croît des animaux, appartiennent au propriétaire par droit d'accession.

871. Les fruits et intérêts de la chose léguée courent au profit du légataire à compter du décès, lorsque le testateur a expressément déclaré sa volonté à cet égard dans le testament.

La rente viagère ou pension léguée à titre d'aliments court également du jour du décès.

Dans les autres cas les fruits et intérêts ne courent que de la demande en justice ou de la mise en demeure.

891. Le légataire à quelque titre que ce soit est par le décès du testateur ou par l'événement qui donne effet au legs, saisi du droit à la chose léguée dans l'état où elle se trouve, et des accessoires nécessaires qui en forment partie, ou du droit d'obtenir le paiement, et d'exercer les actions qui résultent de son legs, sans être obligé d'obtenir la délivrance légale.

918. L'exécuteur testamentaire est saisi comme dépositaire légal, pour les fins de l'exécution du testament, des biens meubles de la succession, et peut en revendiquer la possession même contre l'héritier ou le légataire.

Cette saisine dure pendant l'an et jour à compter du décès du testateur, ou du temps où l'exécuteur a cessé d'être empêché de se mettre en possession.

Lorsque ses fonctions ont cessé, l'exécuteur testamentaire doit rendre compte à l'héritier ou au légataire qui recueillent la succession, et leur payer ce qui lui reste entre les mains.

Si, en vertu du testament, la durée de ses fonctions se prolonge au delà de l'an et jour, l'exécuteur testamentaire est tenu, à la demande de l'héritier ou du légataire, ou de l'un des héritiers ou légataires, de rendre de temps à autre un compte sommaire de sa gestion et de l'admi-

if he is charged therewith, such account to be furnished without any judicial formality or costs.

921. The testator may modify, restrict or extend the powers, the obligations and the seizin of the testamentary executor, and the duration of his functions. He may constitute the testamentary executor an administrator of his property, in whole or in part, and may even give him the power to alienate it with or without the intervention of the heir or legatee, in the manner and for the purposes determined by himself.

III. Judgments Below

A. *Court of Québec, Civil Division*, [1991] R.D.F.Q. 194

9 In his judgment, Judge Robichaud discussed the concept of “seizin”. He noted that this concept is of paramount importance, since in light of the law, academic opinion and the will, a distinction must be made between two types of seizin: that devolved upon the legatee by operation of art. 891 C.C.L.C., and that of the testamentary executor set out in art. 918 C.C.L.C.

10 In Judge Robichaud’s view, the seizin of a universal legatee has priority over that of the testamentary executor (at p. 196):

[TRANSLATION] The Court is of the view, based on the writings of Mignault, that the seizin of the universal legatee has priority over that of the testamentary executors, who are regarded merely as depositaries, as their possession confers no attributes incidental to the right of ownership recognized in our law, including in particular that of enjoyment of the fruits generated by the capital.

11 He rejected the appellant’s argument that s. 646 T.A. equates an estate with a trust and held, accordingly, that [TRANSLATION] “it should be concluded that it is the estate that became the owner — albeit temporarily — of the assets of the estate” (p. 196). According to the judge, s. 646 must be read in light of the other provisions of the *Taxation Act*, including s. 663, which provides that the income of a trust, or an estate, must be included in computing the income of a beneficiary if it has become “payable” to the beneficiary, as it had in the case at bar.

nistration des biens de la succession s’il en est chargé, lequel compte doit être fourni sans frais ni formalité de justice.

921. Le testateur peut modifier, restreindre, ou étendre les pouvoirs, les obligations et la saisine de l’exécuteur testamentaire, et la durée de sa charge. Il peut constituer l’exécuteur testamentaire administrateur des biens en tout ou en partie, et même lui donner pouvoir de les aliéner, avec ou sans l’intervention de l’héritier ou du légataire, en la manière et pour les fins par lui établies.

III. Jugements des instances inférieures

A. *Cour du Québec, chambre civile*, [1991] R.D.F.Q. 194

Dans son jugement, le juge Robichaud s’attarde à la notion de «saisine». Il constate que cette notion revêt une importance primordiale puisqu’à la lumière de la loi, de la doctrine et du testament, il faut distinguer deux types de saisines, soit celle dévolue au légataire par l’effet de l’art. 891 C.c.B.C., et celle de l’exécuteur testamentaire énoncée à l’art. 918 C.c.B.C.

Le juge Robichaud estime que la saisine du légataire universel a priorité sur celle de l’exécuteur testamentaire (à la p. 196):

Le Tribunal est d’opinion, suivant la doctrine de Mignault, que la saisine du légataire universel a priorité sur celle des exécuteurs testamentaires, qui ne sont considérés que comme dépositaires, ayant une possession ne conférant aucun attribut afférent au droit de propriété, tel qu’il est reconnu dans notre droit, surtout celui de la jouissance des fruits produits par le capital.

Il rejette l’argument de l’appelante à l’effet que l’art. 646 L.I. assimile la succession à une fiducie et que par voie de conséquence, «on devrait conclure que c’est la succession qui serait devenue propriétaire — encore que temporaire — de l’actif successoral» (p. 196). Selon le juge, l’art. 646 doit être lu à la lumière des autres dispositions de la *Loi sur les impôts*, y compris l’art. 663 qui précise que le revenu d’une fiducie, ou d’une succession, doit être inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire dans la mesure où il est devenu «payable» à ce dernier, ce qui serait le cas en l’espèce.

Finally, Judge Robichaud found that the fruits and interest produced by the property bequeathed to the appellant were not included in the testamentary executor's legal seizin, since they were generated after the testator's death and therefore did not form part of the estate patrimony. He added that the will conferred no power of management on the executors in respect of the fruits and income produced by the bequeathed property.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1996] R.D.F.Q. 41

Forget J. (*ad hoc*) (LeBel and Tourigny JJ.A. concurring) began by noting that the will of the *de cujus* established a simple testamentary succession, governed by arts. 863 *et seq.* C.C.L.C., not a trust within the meaning of arts. 981a *et seq.* C.C.L.C. Forget J. also rejected the appellant's contention that s. 646 T.A. equates a simple testamentary succession with a trust.

Although under s. 647 T.A., an estate can be a separate taxpayer and constitute a taxable entity as of the testator's death, s. 663 T.A. creates an exception in providing that [TRANSLATION] "the income of a trust — and consequently that of an estate — must be included in computing the income of a beneficiary — the residuary universal legatee in this case — to the extent that it 'has become payable' to him in the year, whether or not it is paid to him" (p. 44). Section 652 T.A. for its part provides that an amount becomes "payable" in the year if it has actually been paid to the person to whom it was payable, or if that person was entitled to demand payment of it.

It therefore had to be determined whether the appellant could demand payment of the income during the first fiscal year of the estate. The respondent answered in the affirmative, while the appellant maintained that it was up to the testamentary executors to choose the time when the amount would be paid, upon termination of the administration of the estate. Forget J. stated that

Enfin, le juge Robichaud conclut que les fruits et intérêts produits par les biens légués à l'appelante ne font pas partie de la saisine légale de l'exécuteur testamentaire étant donné qu'ils ont été générés après le décès du testateur et ne faisaient donc pas partie du patrimoine successoral. Il ajoute que, par ailleurs, le testament ne confie aucun pouvoir de gestion aux exécuteurs sur les fruits et revenus produits par les biens légués.

B. *Cour d'appel du Québec*, [1996] R.D.F.Q. 41

Le juge Forget (*ad hoc*) (aux motifs duquel souscrivent les juges LeBel et Tourigny) note d'abord que le testament du *de cujus* crée une simple succession testamentaire, régie par les art. 863 et suiv. C.c.B.C., et non pas une fiducie au sens des art. 981a et suiv. C.c.B.C. Le juge Forget rejette également la prétention de l'appelante selon laquelle l'art. 646 L.I. assimile entièrement la simple succession testamentaire à la fiducie.

Bien qu'une succession puisse, en vertu de l'art. 647 L.I., être un contribuable distinct et constituer une entité imposable dès le décès du testateur, l'art. 663 L.I. crée une exception en stipulant que «le revenu d'une fiducie — et par voie de conséquence d'une succession — doit être inclus dans le calcul du revenu d'un bénéficiaire — en l'espèce de la légataire universelle résiduaire — dans la mesure où il "est devenu à payer" à ce dernier dans l'année, qu'il lui soit versé ou non» (p. 44). Pour sa part, l'art. 652 L.I. édicte qu'une somme devient «à payer» dans l'année si elle a été effectivement payée à la personne à laquelle elle était payable, ou si cette personne avait le droit d'en exiger le paiement.

Il s'agit donc de déterminer si l'appelante pouvait exiger le paiement des revenus durant la première année fiscale de la succession. L'intimé répond par l'affirmative, alors que l'appelante prétend qu'il appartenait aux exécuteurs testamentaires de choisir le moment où cette somme serait payée, à la fin de l'administration de la succession. Le juge Forget précise que puisque la *Loi sur les*

12

13

14

15

since the *Taxation Act* does not expressly derogate from the general law, the principles of the civil law relating to successions and the rights of legatees must be applied to answer this question.

impôts ne déroge pas expressément au droit commun, il faut recourir aux principes du droit civil concernant les successions et les droits des légataires pour répondre à cette question.

16 The Court of Appeal pursued its reasoning by noting that the will creates a residuary universal legacy of the testator's moveable and immoveable property in favour of the appellant. Thus, the appellant became the owner of the bequeathed property on the day of the testator's death, without any formalities. Pursuant to art. 891 *C.C.L.C.*, concerning the seizin of legatees, and the right of accession provided for in art. 409 *C.C.L.C.*, the appellant also acquired ownership of the fruits of the bequeathed property, and the right to obtain payment thereof and to prosecute all claims arising therefrom, upon her husband's death. As for art. 871 *C.C.L.C.*, which could limit the appellant's right to the fruits and interest arising from the bequeathed property, Forget J. concluded that it does not apply to a universal legatee, since the testator, having bequeathed his or her entire patrimony to the universal legatee, does not need to expressly grant the interest arising from the bequeathed property to him or her.

La Cour d'appel poursuit son raisonnement en notant que le testament crée au bénéfice de l'appelante un legs universel résiduaire sur les biens meubles et immeubles du testateur. Ainsi, l'appelante est devenue propriétaire des biens légués dès le jour du décès sans aucune formalité. En vertu de l'art. 891 *C.c.B.C.* portant sur la saisine des légataires, et du droit d'accession prévu à l'art. 409 *C.c.B.C.*, l'appelante a aussi acquis au décès de son époux la propriété des fruits des biens légués, le droit d'en obtenir paiement et d'exercer les actions qui en découlent. Quant à l'art. 871 *C.c.B.C.*, qui pourrait restreindre le droit de l'appelante aux fruits et intérêts des biens légués, le juge Forget conclut que cet article ne trouve pas application dans le cas d'un légataire universel, puisque le testateur, ayant légué à ce dernier la totalité de son patrimoine, n'a pas besoin de lui accorder expressément les intérêts sur les biens légués.

17 As for the testamentary executors, Forget J. reiterated that they have only *de facto* possession of the estate, as opposed to the legatees' *de jure* possession. Furthermore, according to the judge, the executors' *de facto* seizin does not cover the fruits and income from the bequeathed property, since they are subsequent to the testator's death and have never formed part of the estate patrimony. Finally, since the will of the late George Hall did not refer to the income from the estate's moveable property, it must be concluded that it "devolved" upon the appellant at the same time as the bequeathed property. Accordingly, Forget J. concluded that the appellant was entitled to control the income of the estate as of her husband's death and was therefore entitled to demand payment thereof. He added that the appellant's position could lead to all sorts of abuse, such as income splitting.

Quant aux exécuteurs testamentaires, le juge Forget réitère qu'ils n'ont sur la succession qu'une possession de fait, par opposition à la possession de droit des légataires. De plus, selon le juge, la saisine de fait des exécuteurs ne couvre pas les fruits et revenus des biens légués puisque ces derniers sont postérieurs au décès du testateur et n'ont jamais fait partie du patrimoine successoral. Enfin, puisque le testament de feu George Hall ne fait aucune référence aux revenus des biens meubles de la succession, il faut bien conclure que ceux-ci «ont été dévolus» à l'appelante en même temps que les biens légués. Par conséquent, le juge Forget conclut que l'appelante avait en droit le contrôle des revenus de la succession dès le décès de son mari et était donc en droit d'en exiger le paiement. Il ajoute que la position de l'appelante pourrait mener à toutes sortes d'abus, tel le fractionnement de revenus.

IV. Issues

1. What is the legal nature of the seizin of legatees and that of testamentary executors, and how do they coexist?
2. Does a testamentary executor's seizin extend to investment income generated after the testator's death?

V. Analysis

Before discussing the main issues, it must first be determined whether the will of the late George W. Hall created a true trust, or simply a testamentary succession. This distinction is important because the two legal institutions are not governed by the same provisions of the *Civil Code of Lower Canada* and have different legal consequences.

In his will, the testator referred to his "trustees and executors", which might be taken as expressing an intention to create a trust. However, the absence of a transfer or conveyance of the property to a trustee precludes such a conclusion. In the fourth clause of his will, the testator transmitted his property to the appellant in the following terms:

All the rest and residue of my property, moveable and immovable, real and personal, of which my succession may be composed at the time of my death, I give and bequeath in absolute ownership to my said wife.

It is thus clear that the testator did not intend to create a trust; this was quite simply a testamentary succession.

Furthermore, the Court of Appeal was correct in concluding that s. 646 *T.A.* does not have the effect of equating a simple testamentary succession with a trust. As it stated, the legislature simply wished to employ a specific drafting technique by using the word "trust" to cover several concepts in order to simplify the text of the Act.

IV. Questions en litige

1. En quoi consistent les saisines des légataires et exécuteurs testamentaires, et comment coexistent-elles?
2. La saisine de l'exécuteur testamentaire s'étend-elle aux revenus de placements générés après la mort du testateur?

V. Analyse

Avant d'aborder les questions principales, il faut d'abord déterminer si le testament de feu George W. Hall créait une véritable fiducie ou s'il créait simplement une succession testamentaire. L'importance de cette distinction vient du fait que les deux institutions juridiques ne sont pas régies par les mêmes dispositions du *Code civil du Bas Canada* et donnent lieu à différentes conséquences juridiques.

Dans son testament, le testateur réfère à ses [TRADUCTION] «exécuteurs testamentaires et fiduciaires», ce qui peut laisser croire à une intention de créer une fiducie. Toutefois, l'absence d'une cession ou d'un transport des biens à un fiduciaire ne permet pas une telle conclusion. En effet, le testateur, par l'effet de la clause 4 de son testament, a transmis ses biens à l'appellante en ces termes:

[TRADUCTION] Je lègue à ma femme, en propriété absolue, tout le reste de mes biens, meubles et immeubles, réels et personnels, qui composeront ma succession au moment de mon décès.

Il est donc évident que le testateur n'avait pas l'intention de créer une fiducie; il s'agissait tout simplement d'une succession testamentaire.

De plus, la Cour d'appel avait raison de conclure que l'art. 646 *L.I.* n'a pas pour effet d'assimiler la simple succession testamentaire à une fiducie. Comme elle l'affirme, le législateur a simplement voulu employer une technique particulière de rédaction en utilisant le terme «fiducie» pour différents concepts, et ce, afin d'alléger le texte de loi.

18

19

20

21

A. *Coexistence of the Seizin of Legatees with that of Testamentary Executors*

22

Pursuant to ss. 652 and 663 T.A., the income of an estate must be included in computing the taxable income of a person who was entitled to demand payment of it during the taxation year, whether or not the income was paid to the person. However, the *Taxation Act* says nothing about a legatee's right to demand payment of the bequeathed property; it is therefore necessary to refer to the principles of civil law, and more specifically to the concept of seizin, in order to determine as of when a person is entitled to demand payment thereof: *Royal Trust v. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1990] R.D.F.Q. 36 (C.A.). It follows that it is first necessary to consider the very nature of the legatee's seizin and of that of the testamentary executor and, second, to determine whether one takes precedence over the other.

(1) Seizin of the Legatee

23

The source of the legatee's seizin is art. 891 C.C.L.C., which provides that legatees "are, by the death of the testator, or by the event which gives effect to the legacy, seized of the right to the thing bequeathed". This is a vague, and often misunderstood, concept. The term "seizin" has its origin in the German expression for "possession" (G. Brière, *Précis du droit des successions* (3rd ed. 1993), at p. 64). Without going into the history of this ancient concept, it can be noted that under the Custom of Paris, seizin distinguished a legitimate heir from a universal legatee, who was not [TRANSLATION] "seized as of right" and had to apply to the heir to obtain delivery of his or her legacy in order to be placed in possession (*Traité de droit civil du Québec*, t. 5, by H. Roch, 1953, at p. 441).

24

In Lower Canada, since the decision of the Court of Appeal in *Blanchet v. Blanchet* (1861), 11 L.C.R. 204, and its codification in 1866, every legatee, even a particular legatee or an incompetent person, has been seized of the property of the deceased to which he or she is entitled as a result of the event that gives effect to the legacy. In the case of a legacy of an indeterminate thing, such as a sum of money, the legatee is seized of the right

A. *La coexistence des saisines des légataires et des exécuteurs testamentaires*

En vertu des art. 652 et 663 L.I., le revenu d'une succession doit être inclus dans le calcul du revenu imposable d'une personne qui avait le droit d'exiger le paiement lors de l'année d'imposition, que ce revenu lui ait été versé ou non. Toutefois, la *Loi sur les impôts* ne se prononce pas sur le droit d'un légataire d'exiger le paiement des biens légués; il faut alors se référer aux principes de droit civil, et plus particulièrement, à la notion de saisine afin de déterminer à partir de quel moment une personne a le droit d'en exiger le paiement: *Royal Trust c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1990] R.D.F.Q. 36 (C.A.). Il convient alors de considérer dans un premier temps la nature même des saisines de la légataire et de l'exécuteur testamentaire et, dans un deuxième temps, de déterminer si une a préséance sur l'autre.

(1) La saisine du légataire

La source de la saisine du légataire est l'art. 891 C.c.B.C., qui édicte que celui-ci «est par le décès du testateur ou par l'événement qui donne effet au legs, saisi du droit à la chose léguée». Il s'agit d'un concept imprécis et souvent mal compris. Le terme «saisine» trouve son origine dans l'expression d'origine germanique qui signifiait «possession» (G. Brière, *Précis du droit des successions* (3^e éd. 1993), à la p. 64). Sans faire l'histoire de ce concept ancien, on peut rappeler que sous la Coutume de Paris, la saisine distinguait l'héritier légitime du légataire universel qui n'était pas «saisi de plein droit» et devait s'adresser à l'héritier pour obtenir délivrance de son legs, pour être envoyé en possession (*Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par H. Roch, 1953, à la p. 441).

Au Bas Canada, suite à la décision de la Cour d'appel dans *Blanchet c. Blanchet* (1861), 11 L.C.R. 204, et à sa codification en 1866, tout légataire, même un légataire particulier ou un incapable, est par l'événement qui donne effet au legs, saisi des biens du défunt auxquels il a droit. Dans le cas du legs d'une chose non déterminée, telle une somme d'argent, le légataire est saisi du droit d'obtenir paiement. Ainsi, le droit québécois

to obtain payment. Thus, since 1866, Quebec law has expressly recognized the seizin of heirs and legatees. A legatee is therefore in the same position as a testamentary heir, who, like a legal heir, is seized of the legacy as of the opening of the succession (J. C. Smyth, "Seizin in the Quebec Law of Successions" (1956-57), 3 *McGill L.J.* 171, at p. 182).

According to some authors, seizin is the transmission of ownership of property from the deceased to his or her legatees. In this regard, Mignault stated that seizin is [TRANSLATION] "a mechanism of the law by virtue of which the rights and debts of deceased persons pass, *at the time of their death*, from their person to that of their heirs. . . . In other words, it is an *instantaneous legal* vesting of the assets and liabilities of the deceased" (P. B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 3, 1897, at pp. 269-70 (emphasis in original)). According to majority opinion, however, seizin does not in any way refer to the transmission of ownership, since that transmission takes place automatically by law and by the will (art. 596 C.C.L.C.). Nor does seizin mean the transmission of possession, since possession is a question of fact. Rather, seizin is [TRANSLATION] "legal authorization to act *de plano* as the possessor of the inheritance or, better yet, legal empowerment to exercise the rights and actions of the deceased without first having to carry out any formalities" (Brière, *supra*, at pp. 65-66). This opinion is shared by Albert Mayrand, who described seizin as [TRANSLATION] "the right 'to lay claim to the possessory situation of the deceased'" (*Les successions ab intestat* (1971), at p. 42). Thus, the seizin of legatees refers more to the authority under which they possess property of which they are also the owners. As Toullier stated (*Le droit civil français* (5th ed. 1830), t. 4, No. 80, at p. 93):

[TRANSLATION] The seizin referred to in the maxim *the dead seize the living* is the right of possession of the deceased, which continues in the person of the heir. At the very instant of death, and by operation of the law alone, this right passes to the person the law calls to the succession; it passes immediately and without interruption together with the right to possess, irrespective of the

reconnaît expressément depuis 1866 que la saisine existe pour les héritiers et les légataires. Le légataire est donc assimilable à un héritier testamentaire qui, comme l'héritier légal, est saisi du legs dès l'ouverture de la succession (J. C. Smyth, «Seizin in the Quebec Law of Successions» (1956-57), 3 *McGill L.J.* 171, à la p. 182).

Selon certains auteurs, la saisine est le phénomène de la transmission de la propriété des biens qui passent du défunt à ses légataires. À cet effet, Mignault exprime que la saisine est «une disposition de la loi en vertu de laquelle les droits et les dettes d'un défunt passent, *dès l'instant de sa mort*, de sa personne dans celle de ses héritiers, [. . .] C'est, en d'autres termes, une investiture *légal*e et *instantanée* des droits actifs et passifs du défunt» (P. B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 3, 1897, aux pp. 269 et 270 (en italique dans l'original)). Selon l'opinion majoritaire, cependant, la saisine ne décrit aucunement la transmission de propriété, cette transmission s'opérant de plein droit en vertu de la loi et du testament (art. 596 C.c.B.C.). De même, la saisine ne signifie pas, non plus, la transmission de la possession puisque la possession constitue une situation de fait. La saisine est plutôt «l'autorisation légale de se comporter *de plano* en possesseur de l'hérédité, ou, mieux encore, l'habilitation légale à exercer les droits et actions du défunt sans avoir besoin d'accomplir aucune formalité préalable» (Brière, *op. cit.*, aux pp. 65 et 66). C'est aussi l'opinion d'Albert Mayrand qui décrit la saisine comme étant «le droit "de prétendre à la situation possessoire du défunt"» (*Les successions ab intestat* (1971), à la p. 42). Par conséquent, la saisine des légataires décrit plutôt leur vocation à exercer la possession des biens dont ils sont par ailleurs propriétaires. Comme l'affirmait Toullier (*Le droit civil français* (5^e éd. 1830), t. 4, n^o 80, à la p. 93):

La saisine que produit la maxime *le mort saisit le vif*, est le droit de possession du défunt, qui continue dans la personne de l'héritier. Ce droit, à l'instant même de la mort, et par la seule opération de la loi, passe à la personne qu'elle appelle à la succession; il passe immédiatement et sans interruption aussi bien que le droit de posséder, indépendamment du fait de la possession,

fact of possession, even before the heir knows that the succession has opened.

26 Seizin thus has the effect of avoiding a gap in possession. It confers the rights relating to possession on the legatee, without it being necessary for the legatee to be in actual possession of the bequeathed property. It may be that the legatee does not even have the requisite intention for possession such as where, for example, he or she is not even aware of the testator's death. Consequently, seizin is [TRANSLATION] "the right one has to take effective possession of the patrimony of the *de cuius* and undertake, both passively and actively, the actions available to him or her" (Mayrand, *supra*, at p. 42). In addition to having a seizin that confers the rights relating to possession, it is indisputable that the legatee is the owner of the bequeathed property as of the testator's death.

(2) Seizin of the Executor

27 Article 918 *C.C.L.C.* provides that testamentary executors, "for the purposes of the execution of the will, are seized as legal depositaries of the moveable property of the succession, and may claim possession of it even against the heir or legatee". Thus, the executor's seizin differs from that of the legatees in that it is granted so that the executor may execute the will. Article 921 *C.C.L.C.* provides that this seizin may be expanded by the will. It is therefore necessary to refer to the will in order to determine the scope of the seizin. Once the execution of the will is terminated, the seizin comes to an end even if the testator extended it beyond that time.

28 The effect of the seizin therefore appears to be that the executor is in a sense given a mandate to carry out and give effect to the testator's wishes. As Mignault stated, the executor's seizin is [TRANSLATION] "the means to carry out this mandate and the purpose of the execution is to give effect to the clauses of the will" (Mignault, *supra*, t. 4, 1899, at p. 464).

29 Article 918 suggests that the executor's seizin is consistent with the concept of a depositary. How-

avant même que l'héritier connaisse l'ouverture de la succession.

La saisine a donc pour effet d'éviter une lacune dans la possession. Elle confère les droits reliés à la possession au légataire et cela, sans qu'il soit nécessaire que celui-ci soit, de fait, en possession des biens légués. En effet, il peut arriver que le légataire n'ait même pas l'intention nécessaire à la possession, par exemple, s'il ignore même le décès du testateur. Par conséquent, la saisine constitue «le droit que l'on a d'entrer en possession effective du patrimoine du *de cuius* et d'exercer passivement et activement les actions qu'il avait» (Mayrand, *op. cit.*, à la p. 42). En plus d'avoir une saisine qui confère les droits reliés à la possession, il est incontestable que le légataire est propriétaire des biens légués depuis le décès du testateur.

(2) La saisine de l'exécuteur

L'article 918 *C.c.B.C.* édicte que l'exécuteur testamentaire «est saisi comme dépositaire légal, pour les fins de l'exécution du testament, des biens meubles de la succession, et peut en revendiquer la possession même contre l'héritier ou le légataire». Ainsi, la saisine de l'exécuteur diffère de celle des légataires par le fait qu'elle est accordée afin que l'exécuteur puisse veiller à l'exécution du testament. L'article 921 *C.c.B.C.* précise que cette saisine peut être augmentée par le testament. Il est donc nécessaire de se rapporter au testament afin de déterminer l'étendue de la saisine. Une fois l'exécution du testament terminée, la saisine prend fin, peu importe que le testateur ait prolongé la saisine au-delà de cette période.

Il appert donc que par l'effet de la saisine, l'exécuteur est, en quelque sorte, mandaté d'exécuter et de donner effet à la volonté du testateur. Comme l'affirme Mignault, la saisine de l'exécuteur est «le moyen d'accomplir ce mandat et le but de l'exécution est de donner effet aux dispositions du testament» (Mignault, *op. cit.*, t. 4, 1899, à la p. 464).

L'article 918 laisse croire que la saisine de l'exécuteur est compatible avec la notion de dépo-

ever, the comparison between the execution of a will and a deposit is not entirely appropriate, since the executor does not necessarily have custody of the property, whereas a depositary must keep it until the end of the deposit (R. Comtois, "L'exécuteur testamentaire" (1967), 2 *R.J.T.* 533, at p. 538). The executor is thus a mandatary whose mandate is to execute the will; seizin is the means by which this execution can take place.

(3) Coexistence of the Two Seizins

According to the very wording of art. 918 *C.C.L.C.*, a testamentary executor may, during the term of his or her seizin, claim possession of the moveable property even against the heir and the legatee. The codifiers' intention in drafting this article was clearly to confer on the testamentary executor more powers than mere *de facto* possession. Thus, the testamentary executor's seizin appears to have a certain priority over that of the heir during the administration of the estate. Notary Comtois, *supra*, at p. 538, stated the following on this subject:

[TRANSLATION] The executor's seizin does not exclude that of the successors. There is a sort of juxtaposition of seizins owing to the purpose of each of them. Although the successors are seized of the property, they cannot reap the benefits of their seizin as long as the executor is discharging his or her duties, that is, as long as the executor him- or herself has the seizin. [Emphasis added.]

This reasoning is based on a joint reading of arts. 891 and 918 *C.C.L.C.* For the duration of their seizin, testamentary executors are entitled to claim the moveable property of the estate, even in the legatee's hands, because they must ensure that the will is properly executed. The testamentary executor's seizin must thus be given a certain priority over that of the legatee for purposes of administration. Even though the universal legatee is the real owner of the bequeathed property, art. 918 *C.C.L.C.* provides that the executor's seizin prevails over that of the legatee. The legatee therefore cannot exercise his or her rights in the bequeathed property until the executor's seizin has

sitaire. Cependant, la comparaison entre l'exécution testamentaire et le dépôt n'est pas entièrement heureuse puisque l'exécuteur peut ne pas garder les choses alors que le dépositaire doit les conserver jusqu'à la fin du dépôt (R. Comtois, «L'exécuteur testamentaire» (1967), 2 *R.J.T.* 533, à la p. 538). L'exécuteur se trouve donc à être un mandataire dont le mandat est d'exécuter le testament; c'est par le biais de la saisine que cette exécution peut se faire.

(3) La coexistence des deux saisines

Selon le libellé même de l'art. 918 *C.c.B.C.*, l'exécuteur testamentaire peut, pendant la durée de sa saisine, revendiquer la possession des biens meubles même contre l'héritier et le légataire. Par cet article, le codificateur a clairement voulu accorder à l'exécuteur testamentaire plus de pouvoirs qu'une simple possession de fait. Ainsi, pendant la durée de l'administration de la succession, la saisine de l'exécuteur testamentaire aurait une certaine priorité sur celle de l'héritier. Le notaire Comtois, *loc. cit.*, à la p. 538, s'exprime ainsi sur le sujet:

La saisine de l'exécuteur n'exclut pas celle des successeurs. Il y a ici, en quelque sorte, juxtaposition de saisines, à cause de l'objet de chacune de ces saisines. Les successeurs, bien qu'ils soient saisis des biens, ne peuvent exercer les avantages de leur saisine tant que l'exécuteur est en fonction, tant que l'exécuteur est lui-même en saisine. [Je souligne.]

Le fondement de ce raisonnement découle de la lecture combinée des art. 891 et 918 *C.c.B.C.* L'exécuteur testamentaire, pendant la durée de sa saisine, a le droit de revendiquer les biens mobiliers de la succession, même entre les mains du légataire et ce, parce qu'il doit veiller à la bonne exécution du testament. Il faut donc reconnaître une certaine priorité de la saisine de l'exécuteur testamentaire sur celle du légataire pour fins d'administration. Malgré le fait que le légataire universel soit le véritable propriétaire des biens légués, l'art. 918 *C.c.B.C.* précise que la saisine de l'exécuteur a préséance sur celle du légataire. Le légataire ne peut donc pas exercer ses droits sur les

30

31

terminated. Smyth, *supra*, at p. 184, stated the following in this respect:

[I]n one aspect, the executor's seizin takes precedence for he is empowered, in virtue of it, to claim possession of the moveable property even against the heir or legatee.

32

Thus, a more accurate reading of the relevant provisions of the *Taxation Act* and the *Civil Code of Lower Canada*, and in particular a joint reading of arts. 891 and 918 *C.C.L.C.*, leads to the conclusion that a legatee is entitled to demand payment of what the testamentary executor owes him or her, regardless of whether or not he or she has been paid any amount, only once the testamentary executor's seizin has terminated. The appellant cited the following passage from *Les impôts sur le revenu et le décès* (1978 (loose-leaf)), part II, at p. 1-4-7, by Marc Jolin, with which I agree:

[TRANSLATION] The Civil Code and Quebec commentators are far more specific as to the time when legatees become entitled to the fruits and income than as to the time from which they may demand payment thereof. In the absence of a specific provision on the subject, legatees appear to be entitled to demand payment of the fruits and income arising from property bequeathed to them only from the time when the administrative formalities of settlement of the estate are terminated. This time generally corresponds to the time from which a legatee has a right to bring an action in revendication against an heir or executor who refuses to deliver the bequeathed property. [Emphasis added.]

In the case at bar, the right to bring an action in revendication against the executor had not yet arisen, since the testator had extended the duration of the executor's seizin beyond the year and a day provided for in the law and since the administration of the estate had not yet been completed in 1986.

33

In its judgment, the Court of Appeal appears to have failed to take into account, first, this aspect of the juxtaposition of the testamentary executor's seizin and that of the heir over a certain period of time and, second, the fact that the seizin of the former had priority over that of the latter. With respect, I am therefore of the view that the Court

biens légués tant que la saisine de l'exécuteur n'a pas pris fin. Smyth, *loc. cit.*, à la p. 184, affirme à cet effet que:

[TRADUCTION] [D]'une façon, la saisine de l'exécuteur a préséance, car elle accorde à celui-ci le droit de revendiquer la possession des biens meubles même contre l'héritier ou le légataire.

Par conséquent, une lecture plus juste des dispositions pertinentes de la *Loi sur les impôts et du Code civil du Bas Canada*, et surtout une lecture conjointe des art. 891 et 918 *C.c.B.C.*, mène à la conclusion qu'un légataire a le droit d'exiger le paiement de ce qui lui est dû par l'exécuteur testamentaire, sans égard au montant qui lui a été versé ou non, une fois seulement que la saisine de l'exécuteur testamentaire aura pris fin. L'appelante cite M^e Marc Jolin, dans *Les impôts sur le revenu et le décès* (1978 (feuilles mobiles)), partie II, à la p. 1-4-7, auquel je souscris:

Le Code civil et la doctrine québécoise sont beaucoup plus précis sur le moment à partir duquel les légataires ont droit aux fruits et revenus que sur le moment à partir duquel ils peuvent en exiger le paiement. En l'absence de texte précis sur le sujet, les légataires n'auraient droit d'exiger le paiement des fruits et revenus des biens qui leur sont légués qu'à partir du moment où les formalités administratives du règlement de la succession sont terminées. En effet, ce moment correspond généralement à celui à partir duquel un légataire a droit à l'action en revendication contre l'héritier ou l'exécuteur qui refuse de lui remettre le bien légué. [Je souligne.]

En l'espèce, le droit à l'action en revendication contre l'exécuteur n'avait pas encore pris naissance vu que le testateur avait étendu la saisine de l'exécuteur au-delà de l'an et jour prévus par la loi et qu'en 1986 l'administration de la succession n'était pas encore complétée.

La Cour d'appel, dans son jugement, a apparemment omis, d'une part, de prendre en considération cet aspect de la juxtaposition, pendant un certain laps de temps, de la saisine de l'exécuteur testamentaire et de celle de l'héritier et, d'autre part, que la saisine du premier avait priorité sur celle du second. Avec égards, je suis donc d'avis qu'elle a

of Appeal erred in concluding that the legatee could demand payment of the income from the moveable property in the first year of the succession.

Were this Court to accept the Court of Appeal's decision, every legatee would be entitled to demand the bequeathed property during the actual liquidation of the succession. That would have the effect of depriving the executor of any power of administration over the estate patrimony, which is surely not what the legislature intended. The testamentary executor's seizin gives him or her control over the estate patrimony, and legatees can demand their shares only once that seizin has terminated. The legatee's rights are secondary to those of the testamentary executor, who controls the property of the estate in accordance with the instructions set out in the will.

Furthermore, the provisions of the new *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, seem to have clarified Quebec law regarding the operation of seizin. The new art. 777 *C.C.Q.*, which replaces art. 918 *C.C.L.C.*, provides that during the administration of the estate, the liquidator has priority over the legatees and heirs:

777. The liquidator has, from the opening of the succession and for the time necessary for liquidation, the seizin of the heirs and the legatees by particular title.

The liquidator may even claim the property against the heirs and the legatees by particular title. [Emphasis added.]

The Court of Appeal also concluded that, at any rate, the income from the bequeathed moveable property was not included in the testamentary executor's seizin because it [TRANSLATION] "was subsequent to" the testator's death. This second question must therefore be analysed.

B. *Is Income Generated After the Testator's Death Included in the Testamentary Executor's Seizin?*

It should first be noted that art. 871 *C.C.L.C.*, which might at first glance suggest that the fruits and interest arising from the bequeathed property

conclu de façon erronée que la légataire pouvait exiger le paiement des revenus des biens meubles dès la première année de la succession.

Si on acceptait la décision de la Cour d'appel, tout légataire aurait le droit d'exiger les biens légués pendant la liquidation même de la succession. Cela aurait pour effet de priver l'exécuteur de tout pouvoir d'administration sur le patrimoine successoral, ce qui n'était certes pas l'intention du législateur. La saisine de l'exécuteur testamentaire accorde à celui-ci un contrôle du patrimoine successoral, et le légataire ne peut exiger sa part qu'à l'expiration de cette saisine. Les droits du légataire sont secondaires à ceux de l'exécuteur testamentaire, qui contrôle les biens de la succession selon les directives du testament.

Par ailleurs, les dispositions du nouveau *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, semblent avoir clarifié le droit québécois quant au fonctionnement des saisines. Le nouvel art. 777 *C.c.Q.*, qui remplace l'art. 918 *C.c.B.C.*, précise que pendant l'administration de la succession, c'est le liquidateur qui a priorité sur les légataires et héritiers:

777. Le liquidateur exerce, à compter de l'ouverture de la succession et pendant le temps nécessaire à la liquidation, la saisine des héritiers et des légataires particuliers.

Il peut même revendiquer les biens contre ces héritiers et légataires. [Je souligne.]

La Cour d'appel a également conclu que, de toute façon, les revenus des biens meubles légués ne faisaient pas partie de la saisine de l'exécuteur testamentaire car ils étaient «postérieurs» au décès du testateur. Il faut donc analyser cette deuxième question.

B. *Les revenus générés après la mort du testateur sont-ils inclus dans la saisine de l'exécuteur testamentaire?*

Il convient d'abord de noter que l'art. 871 *C.c.B.C.* qui pourrait, à première vue, laisser croire que les fruits et intérêts des biens légués ne courent

34

35

36

37

do not automatically accrue to the benefit of the legatee unless the testator has expressly declared that to be his or her intention in the will, does not appear to apply here. Since this case concerns a universal legatee to whom the testator thus bequeathed almost his entire patrimony — aside from the other legacies — it follows that the fruits and interest are included therein. (See: Mignault, *supra*, t. 4, at p. 345; *D'Aoust-Rudenko v. Bédard*, Sup. Ct. Hull, No. 550-05-000073-893, February 16, 1989.) The question to be addressed is accordingly whether the interest and dividends generated by the securities were subject to the executor's seizin with the result that the appellant was not entitled to demand payment thereof.

automatiquement au profit du légataire que si le testateur a expressément déclaré sa volonté à cet égard dans son testament, ne semble pas avoir application en l'espèce. Puisque la présente cause traite d'une légataire universelle à qui le testateur a donc légué la presque totalité de son patrimoine — distinction faite des autres legs — il s'ensuit que les fruits et intérêts y sont compris. (Voir: Mignault, *op. cit.*, t. 4, à la p. 345; *D'Aoust-Rudenko c. Bédard*, C.S. Hull, n° 550-05-000073-893, 16 février 1989.) La question dont il faut traiter est donc de savoir si les intérêts et dividendes générés par les valeurs mobilières étaient assujettis à la saisine de l'exécuteur de sorte que l'appelante n'avait pas le droit d'en exiger le paiement.

38

In its judgment, the Court of Appeal concluded that the executors' seizin did not cover the fruits and income arising from the property bequeathed to the appellant. Applying the principle that the universal legatee becomes the owner of the bequeathed property on the day of death, without any formalities, the Court of Appeal concluded that at that time the appellant, by virtue of the right of accession provided for in art. 409 *C.C.L.C.*, acquired all the rights to the fruits and interest produced by the said property. With respect, I am of the view that the Court of Appeal erred in applying the principle of accession provided for in art. 409 *C.C.L.C.* More specifically, the Court of Appeal applied art. 409 *C.C.L.C.* to the heir's seizin but not to that of the testamentary executor. The Court of Appeal's argument would appear to be valid only if the effect of the testamentary executor's seizin were to be totally discounted. According to the principles of the civil law, however, even though executors have only *de facto* possession, art. 918 *C.C.L.C.* authorizes them to claim possession of property in the hands of the heirs and legatees during the period of their seizin. In the case at bar, the terms of the will extended the testamentary executor's seizin to moveable and immoveable property:

My Executors and Trustees shall have seizin and possession of all my property, moveable and immoveable, real and personal, and with powers beyond the year and a day limited by law and until the complete execution of

La Cour d'appel, dans son jugement, a conclu que la saisine des exécuteurs ne couvrait pas les fruits et revenus des biens légués à l'appelante. Se basant sur le principe que le légataire universel devient propriétaire des biens légués dès le jour du décès sans aucune formalité, la Cour d'appel a conclu que l'appelante, en vertu du droit d'accession prévu à l'art. 409 *C.c.B.C.*, a acquis à ce moment tous les droits sur les fruits et intérêts produits par lesdits biens. Cependant, avec respect, je suis d'avis que la Cour d'appel a erré dans son application du principe d'accession prévu à l'art. 409 *C.c.B.C.* Plus précisément, la Cour d'appel a appliqué l'art. 409 *C.c.B.C.* à la saisine de l'héritier mais non à celle de l'exécuteur testamentaire. L'argument de la Cour d'appel serait valable seulement dans la mesure où on écarterait totalement l'effet de la saisine de l'exécuteur testamentaire. Toutefois, selon les principes de droit civil, bien que l'exécuteur n'ait qu'une possession de fait, l'art. 918 *C.c.B.C.* l'autorise à revendiquer la possession des biens entre les mains des héritiers et des légataires pendant l'administration de sa saisine. En l'espèce, les termes du testament étendent la saisine de l'exécuteur testamentaire aux biens meubles et immeubles:

[TRADUCTION] Mes exécuteurs testamentaires et fiduciaires auront la saisine et la possession de tous mes biens, meubles et immeubles, réels et personnels ainsi que les pouvoirs y afférents au-delà de l'an et jour pré-

this my will and the final division and distribution of the capital of my estate. [Emphasis added.]

Thus, art. 409 *C.C.L.C.* should also apply to the testamentary executor's seizin; the fruits and income (accessories) will therefore follow the principal property (securities in this case) in the testamentary executor's hands.

One may question whether the respondent's position is not based on a certain confusion among the commentators as to whether the executor's seizin applies to income produced by a testator's immoveables after his or her death. Mignault (*supra*, t. 4, at p. 461) wrote the following:

[TRANSLATION] In our law, it will be more prudent to adopt the opinion that has been approved by the majority of the authors with respect to both the old law and the contemporary law, and to decide that testamentary executors are not seized, by virtue of legal seizin, of the income from immoveables that falls due during the year of the seizin; this is based, *inter alia*, on the peremptory reason that this income is not included in the testator's estate but is, on the contrary, the property of his or her heirs and legatees. [Emphasis added.]

(See also: Smyth, *supra*, at p. 185; Brière, *supra*, at pp. 279-80; Planiol and Ripert, *Traité pratique de droit civil français* (2nd ed. 1957), t. 5, No. 686.)

It is not surprising that the majority of Quebec and French commentators have concluded that the income generated by immoveables after the testator's death is not included in the executor's seizin. This is an application of the principle of accession provided for in art. 409 *C.C.L.C.* Since executors are not seized of the immoveables (unless the will provides otherwise), it follows that by virtue of the principle of accession, the executor is not seized of the *post mortem* income derived therefrom. Conversely, since testamentary executors are lawfully seized of the moveable property, the income generated by that property is subject to their seizin.

However, there is a minority opinion to the effect that testamentary executors are entitled to collect even the income generated by immoveables

vus par la loi, jusqu'à la complète exécution de mon testament et jusqu'à l'entier partage du capital de ma succession. [Je souligne.]

Donc, l'art. 409 *C.c.B.C.* devrait également s'appliquer à la saisine de l'exécuteur testamentaire; les fruits et revenus (accessoires) suivront ainsi le bien principal (valeurs mobilières en l'es-pèce) entre les mains de l'exécuteur testamentaire.

On peut se demander si la position de l'intimé ne repose pas sur une certaine confusion doctrinale quant à l'application de la saisine de l'exécuteur aux revenus produits par les immeubles d'un testateur après son décès. Mignault (*op. cit.*, t. 4, à la p. 461) écrit que:

Dans notre droit ce sera plus prudent de suivre l'avis qui a réuni les suffrages de la plupart des auteurs, tant dans l'ancien droit que dans le droit moderne, et de décider que l'exécuteur testamentaire n'est pas saisi, en vertu de la saisine légale, du revenu des immeubles échu pendant l'année de la saisine, et cela pour entre autres motifs la raison péremptoire que ce revenu n'est pas compris dans la succession du testateur, mais au contraire est la propriété de ses héritiers et légataires. [Je souligne.]

(Voir aussi: Smyth, *loc. cit.*, à la p. 185; Brière, *op. cit.*, aux pp. 279 et 280; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français* (2^e éd. 1957), t. 5, n^o 686.)

Il n'est pas surprenant que majoritairement les doctrines québécoise et française aient conclu que les revenus générés par les immeubles après le décès du testateur ne sont pas inclus dans la saisine de l'exécuteur. Il s'agit d'une application du principe de l'accession prévu à l'art. 409 *C.c.B.C.* Puisque les exécuteurs ne sont pas saisis des immeubles (à moins que le testament ne prévoie le contraire), il s'ensuit qu'en vertu du principe d'accession, l'exécuteur n'est pas saisi des revenus *post mortem* non plus. Inversement, puisque l'exécuteur testamentaire est saisi légalement des biens meubles, il résulte que les revenus générés par ces biens sont assujettis à la saisine de l'exécuteur.

Il y a, cependant, un courant minoritaire qui prétend que l'exécuteur testamentaire a le droit de percevoir les revenus provenant même des

39

40

41

42

during the term of the administration. In this regard, Demolombe stated that a practice was introduced in the *Châtelet de Paris* of leaving to the testamentary executor all the income coming due during the seizin (Mignault, *supra*, t. 4, at p. 461). However, Mignault pointed out that under contemporary French law, the testamentary executor has seizin only if the testator expressly grants it. In Quebec, notary Comtois favoured the opinion that the income from immoveables could be collected by the executor during the term of the administration (*supra*, at p. 539). The Superior Court's judgment in *Saint-Aubin v. Crevier* (1905), 28 C.S. 392, is also referred to in this regard.

43 The headnote of that judgment contains the following statement: "seizin of movable property of successions by testamentary executors, under Art. 918 C.C., carries with it the right to collect, during the year and a day of its duration, the revenues of the immovable property". However, this statement is not supported in the judgment. After concluding that according to the commentators, the income generated by a testator's immoveables before his or her death is part of the estate, Davidson J. stated the following (at p. 393):

There is division of opinion as to whether this principle extends to like rents which become due after the opening of the succession. . . . The plaintiff's claim includes rent, which became due in the lifetime of Dame Hebert. And, important to observe, it also includes a demand for damages. Thus the executor is master with respect to two items of the claim. Some of the allegations join direct issue as to the whole cause of action; all of them need not do so. I consider that the matters contained in the paragraphs complained of are fully relevant. The inscription-in-law must be dismissed with costs. [Emphasis added.]

44 It is clear from this passage that Davidson J. never concluded that the executor is seized of the income generated by the immoveables after the testator's death. Rather, he seems to have stated that the fruits and income generated during the life of the testator are subject to the seizin.

immeubles durant la période de l'administration. À cet effet, Demolombe témoignait que l'usage s'était introduit, au Châtelet de Paris, de laisser à l'exécuteur testamentaire tous les revenus échus durant la saisine (Mignault, *op. cit.*, t. 4, à la p. 461). Cependant, Mignault nous enseigne que dans le droit français moderne, l'exécuteur testamentaire n'a la saisine que si le testateur l'accorde expressément. Au Québec, le notaire Comtois favorise l'opinion que les revenus des immeubles pouvaient être perçus par l'exécuteur pendant la période de l'administration (*loc. cit.*, à la p. 539). On cite aussi à cet effet le jugement de la Cour supérieure dans *Saint-Aubin c. Crevier* (1905), 28 C.S. 392.

Au sommaire de ce jugement, on lit: [TRADUCTION] «[l]a saisine des biens meubles de la succession conférée aux exécuteurs testamentaires, en application de l'art. 918 C.c., emporte le droit de percevoir pendant sa durée, soit un an et un jour, les revenus provenant des immeubles». Cependant, cet énoncé ne trouve pas appui dans le jugement. Après avoir conclu que la doctrine est à l'effet que les revenus générés par les immeubles d'un testateur avant son décès font partie de sa succession, le juge Davidson a conclu (à la p. 393):

[TRADUCTION] Les opinions sont partagées sur la question de savoir si ce principe s'étend aux loyers de même nature qui deviennent exigibles après l'ouverture de la succession. [. . .] La revendication de la partie demanderesse comprend un loyer devenu exigible alors que dame Hebert était vivante. En outre, il importe de noter que la revendication comprend également une demande de dommages-intérêts. L'exécuteur testamentaire est donc maître à l'égard de deux éléments de la revendication. Certaines des allégations ont directement trait à la cause d'action dans son ensemble, mais il n'est pas nécessaire qu'il en soit ainsi pour toutes. J'estime que les éléments contenus dans les paragraphes contestés sont entièrement pertinents. L'inscription en droit doit être rejetée avec dépens. [Je souligne.]

Il est clair de cet extrait que le juge Davidson n'a jamais conclu que l'exécuteur est saisi des revenus générés par les immeubles après le décès du testateur. Il semble plutôt avoir précisé que les fruits et revenus générés pendant la vie du testateur y sont assujettis.

The effect of the right of accession is to make the fruits and income subject to the same rules as the principal property. Thus, universal legatees become *ipso jure* the owners of the fruits and income produced by the property to which they are entitled. However, this right of ownership is subject to the same conditions as the principal, that is, the fruits and income from the property covered by the executor's seizin are also included in that seizin and are not "payable" to the universal legatee until the estate has been administered. The rule that the income produced by the immovables is not included cannot be applied to the income produced by the moveables, since the former are excluded from the seizin.

The above conclusion is perfectly consistent with the testator's intention. Quebec law recognizes that testators can do as they please in determining the seizin they wish to confer on their testamentary executors (Mignault, *supra*, t. 4, à p. 463). In clause 8 of the will, the testator granted a seizin in the broadest of terms. It is hard to imagine how the *de cuius* could have added to his executors' seizin. They had, *inter alia*, the power to "invest and re-invest all moneys", "to determine whether any moneys received or disbursed shall be on account of capital or of income or of both and in what proportions, and all other questions of like character which may arise in the course of their administration", and "to perform all acts of administration and also other acts or [*sic*] ownership in the same manner and with the same effect as if they were the absolute owners of my estate". (Emphasis added.) It would be illogical to grant such powers without expecting the executor to have the power to administer the fruits and income generated by the bequeathed property. It therefore appears that the testator fully understood that there was no obligation to specify that the fruits and income were included in the executors' seizin, since they were included in it by operation of the law alone. It is only when a testator wishes to exclude the fruits and income from the property

45
Le droit d'accession a pour effet d'assujettir les fruits et revenus aux mêmes règles que le bien principal. Ainsi, le légataire universel devient *ipso jure* propriétaire des fruits et revenus produits par les biens auxquels il a droit. Toutefois, ce droit de propriété est soumis aux mêmes conditions que le principal, c'est-à-dire, les fruits et revenus des biens visés par la saisine de l'exécuteur y sont aussi compris et ne sont «payables» au légataire universel qu'une fois la succession administrée. On ne peut appliquer aux revenus produits par les meubles la règle de non-inclusion des revenus générés par les immeubles, ces derniers étant exclus de la saisine.

46
La conclusion qui précède est d'ailleurs tout à fait conforme à l'intention du testateur. Il est reconnu en droit québécois que le testateur règle à son gré la saisine qu'il veut conférer à son exécuteur testamentaire (Mignault, *op. cit.*, t. 4, à la p. 463). Par la clause 8 du testament, le testateur a accordé une saisine dans des termes des plus larges. Il est difficile de concevoir comment le *de cuius* aurait pu ajouter à la saisine de ses exécuteurs. Les exécuteurs avaient, *inter alia*, le pouvoir [TRADUCTION] «[d']investir et [d']investir de nouveau toutes les sommes d'argent», «[de] déterminer si toute somme d'argent reçue ou déboursée sera imputable au principal ou au revenu ou aux deux et dans quelles proportions, de même que [de] trancher toutes les autres questions de nature similaire pouvant se poser dans le cadre de leur administration»; et «[d']accomplir tous les actes d'administration et autres actes de propriété comme ils le feraient et avec les mêmes effets que s'ils étaient les propriétaires absolus des biens de ma succession». (Je souligne.) Il serait illogique d'accorder de tels pouvoirs sans avoir anticipé que l'exécuteur aurait le pouvoir d'administrer les fruits et revenus générés par les biens légués. Il semble donc que le testateur ait bien compris qu'il n'y avait aucune obligation de préciser que les fruits et revenus tombaient dans la saisine des exécuteurs puisqu'ils en faisaient partie par le seul effet de la loi. Ce n'est que lorsque le testateur

included in the executors' seizin that he or she must do so expressly.

47 Similarly, there is also an obligation to state whether immoveables are included in the estate, since art. 918 *C.C.L.C.* excludes them unless otherwise indicated. However, once the immoveables have been included, as in the present case, the income they produce is also included in the executors' seizin by virtue of the principle of accession.

48 In light of the foregoing, it is clear that the Court of Appeal erred in holding that the executors' seizin did not extend to the fruits and income from the property they were administering; it was simply an application of the principle of accession. A contrary conclusion would have the unfair effect of making legatees pay tax on income from which they are not benefiting.

49 As for the fear expressed by the Court of Appeal that the appellant's position would open the door to all kinds of abuse, such as income splitting, I agree with the appellant that income splitting is integral to the scheme of taxation of estates and is not in any way reprehensible *per se*. Furthermore, income splitting has always been possible by means of a trust. What could constitute an abuse would be to keep the estate in existence as a taxpayer distinct from the heir for an unreasonable length of time solely in order to reduce taxes. However, it is not s. 652 *T.A.* that will prevent such abuse. Rather, the best way to prevent tax evasion is to monitor the diligence of executors in discharging their duties.

VI. Conclusion

50 I accordingly conclude that the legatee was not entitled to demand payment of the fruits and income generated by the bequeathed property until the administration of the estate had terminated. From a fiscal perspective, this means that the amounts covered by the assessment of April 15, 1988 for 1986 were not "payable" to the appellant

désire soustraire les fruits et revenus des biens visés par la saisine des exécuteurs qu'il faut le prévoir expressément.

Pareillement, il existe aussi une obligation de préciser si les immeubles tombent dans la succession puisque l'art. 918 *C.c.B.C.* les exclut à moins d'indication contraire. Toutefois, une fois les immeubles inclus, comme dans le présent cas, les revenus produits par ces immeubles tombent aussi dans la saisine des exécuteurs en vertu du principe d'accession.

Compte tenu de ce qui précède, il est clair que la Cour d'appel a erré en jugeant que la saisine des exécuteurs ne s'étendait pas aux fruits et revenus des biens qu'ils administrent. Il s'agissait pourtant d'une simple application du principe d'accession. Une conclusion contraire amènerait l'effet injuste d'imposer un légataire pour des revenus dont il ne bénéficie pas.

Quant à la crainte exprimée en Cour d'appel que la position de l'appelante aurait pour effet de donner ouverture à toutes sortes d'abus, tel le fractionnement des revenus, je partage l'avis de l'appelante qu'un tel fractionnement est intégral à l'économie de l'imposition des successions et n'a rien de répréhensible en soi. D'ailleurs, le fractionnement a toujours été possible par l'entremise d'une fiducie. Ce qui pourrait constituer un abus, c'est le maintien pour une période déraisonnable de l'existence de la succession comme contribuable distinct de l'héritier pour les seules fins de diminuer les impôts. Ce n'est toutefois pas l'art. 652 *L.I.* qui va empêcher un tel abus. C'est plutôt un contrôle de la diligence des exécuteurs à accomplir leur charge qui constitue la meilleure mesure de prévention de l'évasion fiscale.

VI. Conclusion

Je conclus donc que la légataire n'avait pas le droit d'exiger le paiement des fruits et revenus générés par les biens légués avant la fin de l'administration de la succession. Par conséquent, sur le plan fiscal, ces montants visés par la cotisation du 15 avril 1988 pour l'année 1986 n'étaient pas «payables» ou «à payer» à l'appelante et n'étaient

and were therefore not taxable in her hands. It is for these reasons that the appeal was allowed together with the appellant's notice of appeal, and the assessment in notice No. 5088-MU181418C01 of April 15, 1988 is quashed, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Marc Boivin, Montréal.

Solicitors for the respondent: Veillette & Associés, Montréal.

donc pas imposables de son chef. C'est pour ces motifs que le pourvoi est accueilli ainsi que l'avis d'appel de l'appelante et que la cotisation par avis numéro 5088-MU181418C01 du 15 avril 1988 est annulée, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: Marc Boivin, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Veillette & Associés, Montréal.

Spencer Dixon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DIXON

File No.: 25834.

1997: December 5; 1998: February 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Duty to disclose — Accused convicted of aggravated assault — Crown not disclosing statements made by four individuals — Summary of statements included in police reports provided to defence counsel at trial — Appropriate test for determining whether Crown's inadvertent failure to disclose relevant material violated accused's right to disclosure — If right to disclosure violated, appropriate test for determining whether constitutional right to make full answer and defence impaired — Effect to be given to defence counsel's lack of due diligence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

Three persons were injured in a brawl where the attackers surrounded their victims in turn and kicked and pummelled them. Two victims (Gillis and Charman) were badly injured and a third (Watts) was permanently and very seriously injured. The accused, who was tried with four others, was convicted of aggravated assault of Watts. Significantly, he was found guilty both as a principal and as a party (aiding or abetting) under s. 21 of the *Criminal Code*. During the course of the trial, counsel for all the accused were provided with copies of police occurrence reports which included summaries of statements given by four individuals. Two statements indicated that the persons making them had not witnessed the assaults. The third (Tynes') stated that the person was with the Crown's main identification witness in the vicinity of the assaults. It also described that witness' clothing that night. The fourth (Daye's) indicated that the person witnessed two of the assaults, identified the location of some of the accused during the assaults and identified some of the assailants. It impli-

Spencer Dixon *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DIXON

N° du greffe: 25834.

1997: 5 décembre; 1998: 19 février.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Obligation de divulguer — Accusé déclaré coupable de voies de fait graves — Omission du ministère public de divulguer les déclarations de quatre personnes — Résumé des déclarations contenu dans les rapports de police remis à l'avocat de la défense au procès — Critère à utiliser pour déterminer si l'omission par inadvertance du ministère public de communiquer des documents pertinents a violé le droit de l'accusé à la divulgation — En cas de violation du droit à la divulgation, critère à utiliser pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par la Constitution — Importance à accorder au manque de diligence raisonnable d'un avocat de la défense — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

Trois personnes ont été blessées lors d'une bagarre au cours de laquelle les agresseurs ont encerclé leurs victimes à tour de rôle et les ont battues à coups de pied et à coups de poing. Deux des victimes (Gillis et Charman) ont été blessées grièvement et la troisième (Watts) a subi des blessures très graves et permanentes. L'accusé, qui a subi son procès en même temps que quatre autres personnes, a été reconnu coupable de voies de fait graves contre Watts. Fait révélateur, il a été déclaré coupable à la fois comme auteur principal de l'infraction et comme participant à celle-ci (aider ou encourager), au sens de l'art. 21 du *Code criminel*. Au cours du procès, les avocats de tous les accusés ont obtenu copie des rapports de police qui comprenaient des résumés des déclarations de quatre personnes. Deux des déclarations indiquaient que leurs auteurs n'avaient pas été témoins des voies de fait. La troisième (celle de Tynes) révélait que son auteur était en compagnie du principal témoin à charge en matière d'identification, près de l'endroit où les voies de fait ont été commises. Elle décrivait aussi les vêtements

cated the accused in an assault for which he was neither charged nor convicted and contradicted the evidence of the main identification witness in certain respects.

None of the four statements was produced by the Crown and this gave rise to a ground of appeal based on the Crown's failure to disclose information as required by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal dismissed the appeals. It admitted fresh evidence, however, which indicated that counsel had not only transcripts and statements that made reference to some of the persons whose statements were not disclosed but also a chart and cross-reference sheet. The accused's counsel also reviewed the police occurrence reports and decided that nothing in the four statements referred to in those reports would assist the accused in making full answer and defence. The other counsel came to the same conclusion on the basis of the summaries. At issue were: (1) what was the appropriate test to be used in determining whether the Crown's inadvertent failure to disclose relevant material violated the accused's right to disclosure; (2) if the right to disclosure were violated, what was the appropriate test to determine whether the *Charter* right to make full answer and defence was impaired; and (3) in determining whether that right had been impaired, what was the effect to be given to defence counsel's lack of due diligence.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *The Crown's Duty to Disclose*

Where an accused demonstrates a reasonable possibility that the undisclosed information could have been used in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise making a decision which could have affected the conduct of the defence, he or she has also established the impairment of his or her *Charter* right to disclosure. The right to disclosure of all relevant material has a broad scope and includes material which may have only marginal value to the ultimate issues at trial. The Crown accordingly may fail to disclose information which meets the *Stinchcombe* threshold but which could not possibly affect the reliability of the result reached or the overall fairness of the trial process.

que ce témoin portait le soir en question. La quatrième (celle de Daye) indiquait que son auteur avait été témoin de deux cas de voies de fait, précisait l'endroit où certains accusés se trouvaient pendant que les voies de fait étaient commises et identifiait certains des agresseurs. Elle impliquait l'accusé dans des voies de fait dont il n'a été ni inculpé ni reconnu coupable, et contredisait, à certains égards, la déposition du principal témoin en matière d'identification.

Aucune des quatre déclarations n'a été produite par le ministère public, ce qui a donné lieu à un moyen d'appel fondé sur l'omission du ministère public de divulguer des renseignements comme il est tenu de le faire en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a rejeté les appels. Elle a toutefois admis une nouvelle preuve qui indiquait que les avocats disposaient non seulement de transcriptions et de déclarations qui mentionnaient certaines personnes dont les déclarations n'ont pas été divulguées, mais encore d'un plan et d'une feuille de renvoi. L'avocat de l'accusé a aussi examiné les rapports de police et a estimé qu'il n'y avait rien dans les quatre déclarations mentionnées dans ces rapports qui aiderait l'accusé à présenter une défense pleine et entière. Les autres avocats sont arrivés à la même conclusion, sur la foi des résumés. Il s'agit de déterminer: (1) le critère à appliquer pour déterminer si l'omission par inadvertance du ministère public de communiquer tous les documents pertinents a violé le droit de l'accusé à la divulgation, (2) en cas de violation du droit à la divulgation, le critère à appliquer pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par la *Charte*, et (3) pour établir s'il y a eu atteinte à ce droit, l'importance à accorder au manque de diligence raisonnable de l'avocat de la défense.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

(1) *L'obligation de divulguer du ministère public*

Lorsqu'un accusé démontre l'existence d'une possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués auraient été utilisés pour réfuter la preuve du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou, par ailleurs, pour prendre une décision qui aurait pu avoir une incidence sur la façon de présenter la défense, il se trouve également à établir l'existence d'une atteinte au droit à la divulgation que lui garantit la *Charte*. Le droit à la communication de tous les documents pertinents est large et vise les documents qui peuvent n'avoir qu'une importance secondaire par rapport aux questions fondamentales en litige. Le ministère public peut donc omettre de divulguer des renseignements qui satisfont au cri-

A court may well find that an accused's *Charter* right to disclosure has been breached, and yet deny the remedy of a new trial if it is found that the trial process was fundamentally fair and that there was no reasonable possibility that the result at trial might have been different had the undisclosed material been produced. The right to full disclosure is just one component of the right to make full answer and defence. The *Charter* right to make full answer and defence is not necessarily impaired solely because the right to disclosure was violated.

The Crown need not produce what is clearly irrelevant. Here, the first two statements had no relevant information at all and there was no reasonable possibility that they could have been of any use to the accused at trial. Both the third (Tynes') and fourth (Daye's) statements met the low threshold for disclosure and should have been disclosed.

(2) *Impairment of the Right to Make Full Answer and Defence and the Remedy to Be Granted under Section 24(1) of the Charter*

In order to determine whether the right to make full answer and defence was impaired, a two-step analysis must be undertaken. First, to assess the reliability of the result, the undisclosed information must be examined to determine the impact it might have had on the decision to convict. If an appellate court is persuaded that there is a reasonable possibility that, on its face, the undisclosed information affects the reliability of the conviction, a new trial should be ordered. Even if the undisclosed information does not itself affect the reliability of the result at trial, the effect of the non-disclosure on the overall fairness of the trial process must be considered at the second stage of analysis. This will be done by assessing, on the basis of a reasonable possibility, the lines of inquiry with witnesses or the opportunities to garner additional evidence that could have been available to the defence if the relevant information had been disclosed.

In considering the overall fairness of the trial process, defence counsel's diligence in pursuing disclosure from the Crown must be taken into account. A lack of due

rière préliminaire de l'arrêt *Stinchcombe*, mais qui ne pourraient absolument pas compromettre le bien-fondé du résultat atteint ou l'équité globale du procès. Une cour peut bien conclure à la violation du droit à la divulgation que la *Charte* garantit à un accusé, tout en refusant d'accorder un nouveau procès à titre de réparation si elle juge que le procès a été foncièrement équitable et qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable que le résultat au procès aurait été différent si la documentation non communiquée avait été produite. Le droit à la divulgation complète n'est qu'une composante du droit à une défense pleine et entière. Il n'y a pas nécessairement atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par la *Charte*, du seul fait qu'il y a eu violation du droit à la divulgation.

Le ministère public n'est pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence. En l'espèce, les deux premières déclarations ne contenaient aucun renseignement pertinent, et il n'y avait aucune possibilité raisonnable qu'elles aient été de quelque utilité à l'accusé au procès. Les troisième et quatrième déclarations (celles de Tynes et de Daye, respectivement) satisfaisaient toutes les deux au critère préliminaire peu élevé fixé pour la divulgation et auraient dû être divulguées.

(2) *L'atteinte au droit à une défense pleine et entière et la réparation à accorder en vertu du par. 24(1) de la Charte*

Pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit à une défense pleine et entière, il faut entreprendre une analyse en deux étapes. Premièrement, pour évaluer le bien-fondé du résultat, il faut examiner les renseignements non divulgués pour déterminer l'incidence qu'ils auraient pu avoir sur la décision de rendre un verdict de culpabilité. Si une cour d'appel est convaincue qu'il y a une possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués influent, à première vue, sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité, un nouveau procès devrait être ordonné. Même si les renseignements non divulgués n'influent pas eux-mêmes sur le bien-fondé du résultat atteint au procès, l'incidence de la non-divulgation sur l'équité globale du procès doit être prise en considération à la deuxième étape de l'analyse. On le fera en évaluant, sous l'angle d'une possibilité raisonnable, les questions qui auraient pu être posées aux témoins ou les possibilités de recueillir d'autres éléments de preuve que la défense aurait pu avoir si les renseignements pertinents avaient été divulgués.

Pour examiner l'équité globale du procès, il faut tenir compte de la diligence dont l'avocat de la défense a fait preuve en tentant d'obtenir la divulgation par le minis-

diligence is a significant factor in determining whether the Crown's non-disclosure affected the fairness of the trial process. When counsel becomes or ought to become aware, from other relevant material produced by the Crown, of a failure to disclose further material, counsel must not remain passive. Rather, they must diligently pursue disclosure.

Whether a new trial should be ordered on the basis that the Crown's non-disclosure rendered the trial process unfair involves a process of weighing and balancing. If defence counsel knew or ought to have known on the basis of other disclosures that the Crown through inadvertence had failed to disclose information and yet remained passive as a result of a tactical decision or lack of due diligence, it would be difficult to accept a submission that the failure to disclose affected the fairness of the trial process.

All these factors must be appropriately balanced. In situations where the materiality of the undisclosed evidence is, on its face, very high, a new trial should be ordered on this basis alone. In these circumstances, it will not be necessary to consider the impact of lost opportunities to garner additional evidence flowing from the failure to disclose. However, where the materiality of the undisclosed information is relatively low, an appellate court will have to determine whether any realistic opportunities were lost to the defence. To that end, the due diligence or lack of due diligence of defence counsel in pursuing disclosure will be a very significant factor in deciding whether to order a new trial.

Here, the accused had the burden of demonstrating that either (i) it is reasonably possible the non-disclosed statements affected the reliability of his conviction as a principal in the aggravated assault and his conviction for aiding or abetting the assault; or (ii) that it is reasonably possible the non-disclosure of the statements affected the overall fairness of the trial process. First, the accused did not demonstrate that the non-disclosure of the statements affected each of the alternative conclusions referred to in s. 21(1) of the *Code* — that he either kicked or beat the victim, helped to administer the beating or encouraged the beating. Second, the non-disclosure did not affect the overall fairness of the trial. The third statement (Tynes') and the fourth (Daye's), on their faces, would have had no impact on the reliability

public. Le manque de diligence raisonnable est un facteur important pour déterminer si la non-divulgarion par le ministère public a nui à l'équité du procès. Lorsque l'avocat prend ou devrait prendre connaissance, à partir de documents pertinents produits par le ministère public, d'une omission de communiquer d'autres documents, il ne doit pas rester passif. Il doit plutôt tenter diligemment d'en obtenir la communication.

La réponse à la question de savoir s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour le motif que l'omission de divulguer du ministère public a rendu le procès inéquitable comporte un processus d'évaluation et de pondération. Si l'avocat de la défense savait ou aurait dû savoir, sur la foi d'autres renseignements divulgués, que le ministère public avait omis par inadvertance de divulguer de l'information, et qu'il n'a rien fait en raison d'une décision tactique ou d'un manque de diligence raisonnable, il serait difficile de retenir un argument selon lequel l'omission de divulguer a nui à l'équité du procès.

Il convient de bien pondérer tous ces facteurs. Dans les cas où la pertinence de la preuve non divulguée est très élevée à première vue, la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée pour ce motif seulement. Dans ces circonstances, il ne sera pas nécessaire d'examiner l'incidence des possibilités perdues de recueillir d'autres éléments de preuve par suite de l'omission de divulguer. Cependant, si la pertinence des renseignements non divulgués est relativement peu élevée, une cour d'appel devra déterminer si la défense a perdu des possibilités réalistes. À cette fin, la diligence raisonnable ou le manque de diligence raisonnable dont l'avocat de la défense aura fait preuve en tentant d'obtenir la divulgation constituera un facteur très important à retenir pour décider d'ordonner ou non la tenue d'un nouveau procès.

En l'espèce, il incombait à l'accusé de démontrer (i) qu'il est raisonnablement possible que les déclarations non divulguées aient influé sur le bien-fondé de sa déclaration de culpabilité en tant qu'auteur principal des voies de fait graves et de sa déclaration de culpabilité d'avoir aidé ou encouragé à perpétrer ces voies de fait, ou (ii) qu'il est raisonnablement possible que la non-divulgarion des déclarations ait nui à l'équité globale du procès. Premièrement, l'accusé n'a pas prouvé que l'omission de divulguer les déclarations a influé sur chacune des autres conclusions mentionnées au par. 21(1) du *Code*, à savoir qu'il a donné des coups de pied à la victime ou l'a battue, qu'il a aidé à la battre ou qu'il a encouragé à le faire. Deuxièmement, la non-divulgarion n'a pas nui à l'équité globale du procès. Les troisième et

of the conviction. The Crown's failure to disclose did not deprive the defence of opportunities to pursue additional lines of inquiry with witnesses or garner additional evidence flowing from the undisclosed material. A significant factor in reaching this conclusion was defence counsel's lack of due diligence in pursuing disclosure.

Defence counsel is not entitled to assume at any point that all relevant information has been disclosed to the defence. Just as the Crown's disclosure obligations are ongoing, and persist throughout the trial process, so too does defence counsel's obligation to be duly diligent in pursuing disclosure. To do nothing in the face of knowledge that relevant information has not been disclosed will, at a minimum, often justify a finding of lack of due diligence, and may, in certain circumstances, support an inference that counsel made a strategic decision not to pursue disclosure.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Bramwell* (1996), 106 C.C.C. (3d) 365, aff'd [1996] 3 S.C.R. 1126; *R. v. S.E.S.* (1992), 100 Sask. R. 110; *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(1).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1997), 156 N.S.R. (2d) 81, 461 A.P.R. 81, [1997] N.S.J. No. 20 (QL) (*sub nom. R. v. McQuaid (Dixon Appeal)*), dismissing the accused's appeal from his conviction for aggravated assault (1996), 148 N.S.R. (2d) 321 (*sub nom. R. v. McQuaid*), 429 A.P.R. 321, [1996] N.S.J. No. 81 (QL). Appeal dismissed.

quatrième déclarations (celles de Tynes et de Daye, respectivement) n'auraient eu, à première vue, aucune incidence sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité. L'omission de divulguer du ministère public n'a pas privé la défense de la possibilité de poser d'autres questions aux témoins ou de recueillir d'autres éléments de preuve découlant des documents non communiqués. Un facteur important qui a été pris en considération pour tirer cette conclusion est le manque de diligence raisonnable dont l'avocat de la défense a fait preuve en tentant d'obtenir la divulgation.

L'avocat de la défense n'a, en aucun temps, le droit de supposer que tous les renseignements pertinents ont été divulgués à la défense. Tout comme l'obligation de divulguer du ministère public est constante, et continue d'exister durant tout le procès, il en est de même de l'obligation de l'avocat de la défense de faire preuve de diligence raisonnable en tentant d'obtenir la divulgation. Si l'avocat de la défense ne fait rien lorsqu'il sait que des renseignements pertinents n'ont pas été divulgués, cela justifiera souvent, à tout le moins, une conclusion à un manque de diligence raisonnable et pourra, dans certains cas, justifier une déduction que l'avocat a pris une décision stratégique de ne pas tenter d'obtenir la divulgation.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Bramwell* (1996), 106 C.C.C. (3d) 365, conf. par [1996] 3 R.C.S. 1126; *R. c. S.E.S.* (1992), 100 Sask. R. 110; *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1997), 156 N.S.R. (2d) 81, 461 A.P.R. 81, [1997] N.S.J. No. 20 (QL) (*sub nom. R. c. McQuaid (Dixon Appeal)*), qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de voies de fait graves (1996), 148 N.S.R. (2d) 321 (*sub nom. R. c. McQuaid*), 429 A.P.R. 321, [1996] N.S.J. No. 81 (QL). Pourvoi rejeté.

L. W. Scaravelli, for the appellant.

Kenneth W. F. Fiske, Q.C., and *Richard B. Miller*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J. — Three issues arise in this appeal:

- (1) What is the appropriate test to be used to determine whether the Crown's inadvertent failure to disclose relevant material constituted a violation of the appellant's right to disclosure under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (2) Where an appellant's right to disclosure is violated, what is the appropriate test to be used to determine whether his or her *Charter* right to make full answer and defence was also thereby impaired?
- (3) In determining whether an appellant's right to make full answer and defence was impaired, what effect is to be given to defence counsel's lack of due diligence?

Several aspects of these issues are common to the appeals of Spencer Dixon, Herman McQuaid, Guy Leaman Robart, Cyril Joseph Smith and Stacey Skinner, all of whom were tried together on charges of aggravated assault arising out of the same factual circumstances. All five appeals were heard together by this Court. These reasons will address the common aspects, and separate reasons will deal with any issues that are unique to the other appeals.

I. Factual Background

On September 10, 1994, a fraternity hosted a party in Halifax. The evening was uneventful until a young woman named Shannon Burke became involved in a physical confrontation with Terrence Dixon, a young man whom she claimed was the father of her child. Terrence Dixon dragged Burke out of the fraternity house with others following. Two young men who had attended the party —

L. W. Scaravelli, pour l'appellant.

Kenneth W. F. Fiske, c.r., et *Richard B. Miller*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi soulève trois questions:

- (1) Quel critère faut-il appliquer pour déterminer si l'omission par inadvertance du ministère public de communiquer tous les documents pertinents a constitué une violation du droit à la divulgation, garanti à l'appellant par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (2) En cas de violation du droit d'un appelant à la divulgation, quel critère faut-il appliquer pour déterminer s'il y a eu également, de ce fait, une atteinte au droit à une défense pleine et entière que lui garantit la *Charte*?
- (3) Pour déterminer s'il y a eu une atteinte au droit d'un appelant à une défense pleine et entière, quelle importance faut-il accorder au manque de diligence raisonnable de l'avocat de la défense?

Plusieurs aspects de ces questions sont communs aux pourvois de Spencer Dixon, Herman McQuaid, Guy Leaman Robart, Cyril Joseph Smith et Stacey Skinner, qui ont tous été jugés ensemble relativement à des accusations de voies de fait graves découlant des mêmes circonstances. Les cinq pourvois ont été entendus simultanément par notre Cour. Les présents motifs traiteront de ces aspects communs, et des motifs distincts porteront sur les questions propres aux autres pourvois.

I. Les faits

Le 10 septembre 1994, une confrérie d'étudiants donnait une fête à Halifax. La soirée s'était déroulée sans incident jusqu'à ce qu'une jeune femme du nom de Shannon Burke en vienne aux coups avec Terrence Dixon, un jeune homme qu'elle prétendait être le père de son enfant. Terrence Dixon a traîné Burke à l'extérieur de la maison de la confrérie et ils ont été suivis par d'autres personnes.

Rob Gillis and John Charman — attempted to intervene and help Burke. This confrontation escalated and expanded to include a number of young men who attacked Gillis and Charman. Gillis fell to the ground, hit the back of his head and began bleeding badly. A circle formed around Charman, he was hit from behind and had his teeth knocked out.

4 Darren Watts went to the aid of his friend Charman. As soon as he did, the circle of men that had formed around Charman switched its attention to Watts. One from that group knocked him to the ground with a single punch. The men in the group kicked him and continued to do so repeatedly until they fled across the street. The vicious beating left Watts permanently disabled. He underwent two operations including the partial removal of the frontal lobe of his brain. He had to undertake extensive rehabilitation treatment, and has lost the use of his left side. His cognitive and motor skills have not returned to the levels he enjoyed before the assault.

5 Six men, including the five appellants, were convicted of committing an aggravated assault on Darren Watts. At the same trial, the appellant Cyril Smith was also convicted of the aggravated assault of Rob Gillis. The appellants Herman McQuaid and Stacey Skinner were convicted of the aggravated assault of John Charman.

6 During the course of the trial, counsel for all the accused were provided with copies of police occurrence reports. The reports included summaries of statements given by Terris Daye, Terrance Tynes, Travia Carvery and Edmond Levia, none of which had been produced by the Crown. After conviction and sentencing, trial counsel for all of the accused except Skinner met to discuss appeal issues. The statements were produced by the Crown after this meeting at the request of counsel for one of the accused. One of the grounds raised in the appeal pertained to the Crown's failure to disclose these statements.

Deux jeunes hommes qui avaient participé à la fête — Rob Gillis et John Charman — ont essayé d'intervenir et d'aider Burke. L'affrontement s'est envenimé et a pris de l'ampleur au point d'inclure un certain nombre de jeunes gens qui ont attaqué Gillis et Charman. Gillis s'est affaissé, sa tête a heurté le sol et il s'est mis à saigner abondamment. Un cercle s'est formé autour de Charman, qui a été frappé par derrière et a eu les dents brisées.

Darren Watts est allé au secours de son ami Charman. Aussitôt, les hommes qui avaient encerclé Charman se sont tournés vers Watts. L'un de ceux-ci l'a envoyé au sol d'un seul coup de poing. Les membres de ce groupe lui ont donné des coups de pied et ont continué à le faire jusqu'au moment où ils se sont enfuis de l'autre côté de la rue. Watts s'est retrouvé handicapé de façon permanente à la suite de cette violente raclée. Il a subi deux opérations, dont l'ablation partielle du lobe frontal de son cerveau. Il a dû se soumettre à des traitements intensifs de réadaptation et a perdu l'usage du côté gauche. Il n'a pas retrouvé les capacités cognitives et motrices qu'il avait avant de subir les voies de fait en cause.

Six hommes, dont les cinq appelants, ont été reconnus coupables de voies de fait graves contre Darren Watts. Lors du même procès, l'appellant Cyril Smith a également été reconnu coupable de voies de fait graves contre Rob Gillis. Les appelants Herman McQuaid et Stacey Skinner ont été reconnus coupables des voies de fait graves dont a été victime John Charman.

Au cours du procès, les avocats de tous les accusés ont obtenu copie des rapports de police. Ces rapports comprenaient des résumés des déclarations de Terris Daye, Terrance Tynes, Travia Carvery et Edmond Levia, qui n'avaient pas été produites par le ministère public. Après les déclarations de culpabilité et le prononcé des sentences, les avocats de tous les accusés à l'exception de Skinner se sont rencontrés pour discuter des questions d'appel. Les déclarations ont été produites par le ministère public après cette rencontre, à la demande de l'avocat de l'un des accusés. L'un des moyens d'appel concernait l'omission du ministère public de divulguer ces déclarations.

The Nova Scotia Court of Appeal admitted fresh evidence by way of counsel's affidavits as to their conduct in pursuing disclosure prior to and during the trial. The affidavits reveal that by the time the preliminary inquiry was held during the week of June 5, 1995, counsel for all accused determined that the same material had been disclosed to all of them. This disclosure did not include the four missing statements or any reference to the fact that these statements had been taken. However, counsel had received a transcript of the sworn statement given by Danny Clayton — the Crown's main identification witness — in which Clayton identified Terris Daye and Terrance Tynes as eyewitnesses to the assaults. Counsel also received the statements of Stephen (Dee) Nelson, Nathaniel Robart and Michael Barton, all of whom referred to three of the four individuals whose statements were not disclosed, including Terris Daye. The Court of Appeal observed that all counsel also received a chart dated October 13, 1994 and a cross-reference sheet dated October 14, 1994. While it is not clear exactly when these documents were received, the Court of Appeal found that defence counsel probably had them prior to the preliminary inquiry, and certainly prior to trial. The chart indicates that Tynes, Daye, Carvery and Levia were in the immediate vicinity when the assaults took place. The cross-reference sheet also suggests that a statement was taken from Terris Daye.

Counsel for all accused met for a pre-trial conference with Crown counsel, Mr. Craig Botterill, on January 4, 1996. At that time, Mr. Botterill invited all counsel to attend at his office and copy any of the material in the Crown's file. Counsel representing Cyril Smith attended on behalf of counsel for Spencer Dixon and counsel for Herman McQuaid. Counsel for Guy Robart and counsel for Stacey Skinner attended separately. All three counsel who attended Mr. Botterill's office stated in their affidavits that the four undisclosed

7
La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a admis une nouvelle preuve sous forme d'affidavits des avocats au sujet de ce qu'ils avaient fait pour tenter d'obtenir la divulgation avant et pendant le procès. Les affidavits révèlent qu'au moment où l'enquête préliminaire a eu lieu durant la semaine du 5 juin 1995, les avocats de tous les accusés ont estimé qu'ils s'étaient tous vu communiquer la même documentation. Cette divulgation ne comprenait pas les quatre déclarations manquantes ni aucune mention du fait que ces déclarations avaient été recueillies. Cependant, les avocats avaient reçu une transcription de la déclaration sous serment de Danny Clayton, le principal témoin à charge en matière d'identification, dans laquelle celui-ci identifiait Terris Daye et Terrance Tynes comme étant des témoins oculaires des voies de fait. Les avocats ont aussi reçu les déclarations de Stephen (Dee) Nelson, Nathaniel Robart et Michael Barton, qui parlaient tous de trois des quatre individus dont les déclarations n'ont pas été divulguées, y compris Terris Daye. La Cour d'appel a fait observer que tous les avocats avaient reçu un plan daté du 13 octobre 1994 et une feuille de renvoi datée du 14 octobre 1994. Bien qu'on ne sache pas exactement quand ces documents ont été reçus, la Cour d'appel a conclu que les avocats de la défense les avaient probablement en leur possession avant l'enquête préliminaire, et sûrement avant le procès. Le plan montre que Tynes, Daye, Carvery et Levia se trouvaient dans les environs immédiats lorsque les voies de fait ont été commises. La feuille de renvoi laisse également supposer qu'une déclaration a été obtenue de Terris Daye.

8
Le 4 janvier 1996, les avocats de tous les accusés ont tenu une conférence préparatoire au procès avec le substitut du procureur général, M^e Craig Botterill. Maître Botterill a alors invité tous les avocats à se rendre à son bureau et à reproduire l'un ou l'autre des documents contenus dans le dossier du ministère public. L'avocat qui représentait Cyril Smith s'y est rendu pour le compte des avocats de Spencer Dixon et de Herman McQuaid. L'avocat de Guy Robart et celui de Stacey Skinner s'y sont rendus séparément. Les trois avocats qui se sont rendus au bureau de M^e Botterill ont déclaré, dans leurs affidavits, que les quatre déclara-

statements were not in the Crown's file when they reviewed it prior to trial.

⁹ The trial began on Monday, February 5, 1996. At some point after the trial commenced, Mr. Scaravelli, counsel for Spencer Dixon, asked a police constable for copies of the occurrence reports. Approximately 160 pages of original reports were produced a short time later. Mr. Scaravelli brought these reports to the attention of other counsel, and by Thursday, February 8, 1996, all counsel had copies of the police occurrence reports, which made reference to the four undisclosed statements.

¹⁰ By Monday, February 12, 1996, when he had completed his review of the police occurrence reports, Mr. Scaravelli was aware that four statements had been taken by the police and had not been disclosed by the Crown. However, based on summaries of the statements included in the occurrence reports, he decided there was nothing in the statements that would assist the accused in making full answer and defence. He stated in his affidavit that he was confident that all relevant information had been disclosed by the Crown, and he therefore did not pursue the matter further. By that same date three other defence counsel, Mr. Katsihtis, Mr. O'Neill and Mr. Coady, representing Cyril Smith, Herman McQuaid and Guy Robart respectively, were also aware that four witness statements had not been disclosed by the Crown. They too decided, on the basis of the summaries, not to request disclosure of the statements. Ms. Cain-Grant, counsel for the appellant Skinner, had acted in only one other criminal trial. She believed the summaries in the occurrence reports to be the complete statements given to police and as a result did not seek further disclosure.

II. Decisions Below

A. *Nova Scotia Supreme Court* (1996), 148 N.S.R. (2d) 321

¹¹ At the trial for the assault on Darren Watts, Saunders J. made very careful and comprehensive

rations non divulguées ne se trouvaient pas dans le dossier du ministère public lorsqu'ils l'ont examiné avant le procès.

Le procès a débuté le lundi 5 février 1996. Quelque temps après l'ouverture du procès, M^e Scaravelli, l'avocat de Spencer Dixon, a demandé à un policier des copies des rapports de police. Environ 160 pages de rapports originaux ont été produites peu après. Maître Scaravelli a soumis ces rapports à l'attention des autres avocats et, le jeudi 8 février 1996, tous les avocats avaient des copies des rapports de police, qui faisaient état des quatre déclarations non divulguées.

Le lundi 12 février 1996, après avoir examiné les rapports de police, M^e Scaravelli savait que le ministère public n'avait pas divulgué quatre déclarations recueillies par la police. Toutefois, se fondant sur les résumés des déclarations contenus dans les rapports de police, il a estimé qu'il n'y avait rien dans ces déclarations qui aiderait l'accusé à présenter une défense pleine et entière. Il a dit, dans son affidavit, qu'il était persuadé que le ministère public avait divulgué tous les renseignements pertinents, et n'est donc pas allé plus loin. À ce moment-là, trois autres avocats de la défense, M^{es} Katsihtis, O'Neill et Coady, qui représentaient Cyril Smith, Herman McQuaid et Guy Robart respectivement, savaient également que le ministère public n'avait pas divulgué quatre déclarations de témoins. Ils ont eux aussi décidé, sur la foi des résumés, de ne pas demander la divulgation des déclarations. Maître Cain-Grant, l'avocate de l'appelant Skinner, n'avait participé qu'à un seul autre procès criminel. Elle croyait que les résumés contenus dans les rapports de police étaient les déclarations complètes faites à la police et n'a donc pas tenté d'obtenir la communication d'autres documents.

II. Les juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (1996), 148 N.S.R. (2d) 321

Lors du procès pour voies de fait contre Darren Watts, le juge Saunders a tiré des conclusions de

findings of fact. He found that the five appellants were part of the group of men who surrounded Watts and were responsible for his beating. Saunders J. found that the appellants, as part of the group around Watts, were there either to beat Watts, to encourage the beating or to stand shoulder to shoulder to entrap him. Applying s. 21(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, he found all were guilty of committing an aggravated assault on Darren Watts.

The Crown relied heavily on the testimony of Danny Clayton, who admitted to participating in the aggravated assault on Darren Watts and who testified in return for immunity. Clayton was the only Crown witness to identify Watts's assailants. His character was questioned. Further, he was an accomplice. Saunders J. very carefully scrutinized his evidence. He fully recognized the frailties of eyewitness testimony, but found that they were minimized by Clayton's presence at and participation in the assault. Clayton also knew the appellants personally, and had grown up with them and lived with them in the same community. These factors were found to have strengthened his evidence of identification. Further, Saunders J. found that Clayton's evidence was supported, in material respects, by the other evidence adduced. As a result, he was not left with the sense that it would be unsafe to convict the appellants of the aggravated assault on Darren Watts. On the basis of Clayton's testimony and all the evidence presented he was satisfied beyond a reasonable doubt of their guilt.

Saunders J. also accepted Clayton's testimony that Cyril Smith struck Rob Gillis, and found Smith guilty of the aggravated assault on Gillis. Saunders J. further noted that both Stacey Skinner and Herman McQuaid admitted to striking John Charman in their police statements. These admissions supported Clayton's testimony that Stacey Skinner and a man whom Clayton tentatively identified as Stephen (Dee) Nelson struck John

fait très minutieuses et détaillées. Il a conclu que les cinq appelants faisaient partie du groupe d'hommes qui avaient entouré Watts et qui étaient responsables de la raclée qu'il avait reçue. Le juge Saunders a conclu que les appelants, en tant que membres du groupe qui avait entouré Watts, avaient été là pour battre Watts ou pour encourager d'autres à le faire, ou encore pour se serrer les coudes afin de l'empêcher de s'échapper. Appliquant le par. 21(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, il les a tous reconnus coupables de voies de fait graves contre Darren Watts.

Le ministère public s'est fortement appuyé sur le témoignage de Danny Clayton, qui a admis avoir participé aux voies de fait graves contre Darren Watts et a témoigné en échange de l'immunité. Clayton est le seul témoin à charge qui a identifié les agresseurs de Watts. Sa moralité a été mise en doute. De plus, il était complice. Le juge Saunders a examiné très attentivement son témoignage. Il a parfaitement reconnu les faiblesses de la déposition du témoin oculaire, mais il a conclu que celles-ci étaient minimisées par le fait que Clayton avait assisté et participé aux voies de fait. Clayton connaissait aussi les appelants personnellement et avait grandi et vécu avec eux dans la même collectivité. Il a été jugé que ces facteurs avaient renforcé sa preuve d'identification. En outre, le juge Saunders a conclu que le témoignage de Clayton était étayé, à certains égards importants, par d'autres éléments de preuve. Par conséquent, il n'avait pas le sentiment qu'il serait risqué de déclarer les appelants coupables de voies de fait graves contre Darren Watts. Compte tenu du témoignage de Clayton et de tous les éléments de preuve présentés, il était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'ils étaient coupables.

Le juge Saunders a également accepté le témoignage de Clayton selon lequel Cyril Smith avait frappé Rob Gillis, et il a reconnu Smith coupable des voies de fait graves dont Gillis a été victime. Le juge Saunders a souligné de plus que, dans leurs déclarations à la police, Stacey Skinner et Herman McQuaid avaient tous deux admis avoir attaqué John Charman. Ces aveux étaient le témoignage de Clayton voulant que Stacey Skinner

Charman. The trial judge concluded that Skinner and McQuaid had committed an aggravated assault on Charman.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (1997), 156 N.S.R. (2d) 81

¹⁴ The principal issue before the Court of Appeal was whether the failure to disclose the four witness statements impaired the appellant's right to make full answer and defence. Chipman J.A., writing for the majority, noted that the parties agreed there was no improper motive in the Crown's failure to disclose the statements, and that the only potentially material statement was that of Terris Daye.

¹⁵ Chipman J.A. found that trial counsel for the appellant did not seek the missing statements or bring the failure to disclose the statements to the attention of the trial judge at the earliest opportunity as they were required to do. It was his opinion that once the Crown produced the police occurrence reports during the course of the trial, defence counsel must have known that four statements had been taken by the police and had not been produced by the Crown. In his view, counsel had a choice at that point — "call for the statements or live without them" (p. 93). He found that certain contradictions between the summary of Daye's statement and Clayton's testimony would have prompted counsel who had any interest in the statements to investigate these discrepancies further. Chipman J.A. concluded that a tactical decision had been made at trial not to pursue disclosure of these statements, and that a contrary position was only taken following conviction. He observed that a lack of due diligence on the part of defence counsel is an important factor in determining whether to order a new trial.

¹⁶ However, the majority went on to dismiss the appeal on the basis that the undisclosed material was of no weight. Chipman J.A. held that on appeal from a conviction, where the Crown has

et un homme que Clayton a identifié non sans hésitation comme étant Stephen (Dee) Nelson aient attaqué John Charman. Le juge du procès a conclu que Skinner et McQuaid avaient commis des voies de fait graves contre Charman.

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (1997), 156 N.S.R. (2d) 81

La principale question dont était saisie la Cour d'appel était de savoir si l'omission de divulguer les quatre déclarations de témoins avait porté atteinte au droit de l'appelant à une défense pleine et entière. Le juge Chipman a fait remarquer, au nom de la cour à la majorité, que les parties ont convenu qu'aucun motif répréhensible ne sous-tendait l'omission du ministère public de divulguer les déclarations et que la seule déclaration susceptible d'être pertinente était celle de Terris Daye.

Le juge Chipman a conclu que l'avocat de l'appelant n'a pas réclamé les déclarations manquantes ni porté à l'attention du juge du procès l'omission de divulguer ces déclarations, dès que possible comme il était tenu de le faire. Il était d'avis que, dès que le ministère public eut produit les rapports de police au cours du procès, l'avocat de la défense devait savoir qu'il n'avait pas produit quatre déclarations recueillies par la police. À son avis, l'avocat devait alors faire un choix: [TRADUCTION] «demander les déclarations ou s'en passer» (p. 93). Il a jugé que certaines contradictions entre le résumé de la déclaration de Daye et le témoignage de Clayton auraient dû inciter tout avocat qui avait un intérêt dans les déclarations à examiner d'abord ces divergences. Le juge Chipman a conclu qu'une décision tactique de ne pas tenter d'obtenir la divulgation de ces déclarations avait été prise au procès et qu'un point de vue contraire n'a été adopté qu'après la déclaration de culpabilité. Il a fait observer que le manque de diligence raisonnable de l'avocat de la défense est un facteur important pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Toutefois, les juges majoritaires ont rejeté l'appel pour le motif que la documentation non communiquée n'avait aucune valeur probante. Le juge Chipman a statué que, lors d'un appel contre une

failed to provide full disclosure, an appellant must show “that there is a reasonable probability that had the non-disclosed material been disclosed, the result might have been different” (p. 104). He then considered the materiality of Terris Daye’s statement in light of this test and concluded that it did not undermine “the overwhelming body of evidence indicat[ing] that there was a circle of black males surrounding and beating Watts” (p. 111). Though Chipman J.A. recognized that there were inconsistencies among the witnesses, he found a surprising unanimity about this circle, which was described from various different vantage points. He further found that Daye either did not see or was unwilling to admit to seeing who attacked Watts, and concluded that there was no reasonable probability that had this statement been available at or prior to the trial, the result might have been different.

Chipman J.A. therefore rejected the appellant’s argument that because Daye’s statement contradicted Clayton’s testimony as to the location of some of the accused during the attack on Watts, it could have been used to weaken Clayton’s credibility. He similarly rejected the argument that Daye’s description of inner and outer circles surrounding Darren Watts supported evidence given by other Crown witnesses suggesting that the number of Watts’s attackers was limited to three or four men. Chipman J.A. further noted that the summary of Daye’s statement in the police occurrence report included this description of two circles around Watts, and thus counsel did not lose a realistic opportunity to garner and present evidence flowing from this statement. Chipman J.A. held that there was nothing in the statement that opened any avenue of pre-trial investigation not already available to diligent counsel.

Bateman J.A., in dissent, disagreed with the majority’s conclusion that to merit a new trial, an appellant must show a reasonable probability that the result might have been different had the non-disclosed material been produced. She held that

déclaration de culpabilité, si le ministère public n’a pas effectué une divulgation complète, l’appellant doit montrer [TRADUCTION] «qu’il y a une probabilité raisonnable que le résultat aurait été différent si la documentation non communiquée avait été produite» (p. 104). Il a ensuite examiné la pertinence de la déclaration de Terris Daye en fonction de ce critère et a conclu qu’elle ne minait pas [TRADUCTION] «la preuve accablante que des noirs avaient entouré et battu Watts» (p. 111). Tout en reconnaissant que les témoins se contredisaient sur certains points, le juge Chipman a constaté une surprenante unanimité au sujet de ce cercle de gens, qui a été décrit à partir de points d’observation différents. Il a également conclu que Daye n’avait pas vu ou ne voulait pas admettre avoir vu ceux qui avaient attaqué Watts et il a statué qu’il n’y avait aucune probabilité raisonnable que le résultat aurait été différent si cette déclaration avait été disponible pendant ou avant le procès.

Le juge Chipman a donc rejeté l’argument de l’appellant selon lequel, parce que la déclaration de Daye contredisait le témoignage de Clayton quant à l’endroit où certains accusés se trouvaient pendant que Watts était attaqué, on aurait pu s’en servir pour miner la crédibilité de Clayton. Il a rejeté de la même façon l’argument selon lequel la description que Daye a donnée des cercles intérieur et extérieur formés autour de Darren Watts étayait les dépositions d’autres témoins à charge qui laissaient entendre que Watts n’avait été attaqué que par trois ou quatre hommes. Le juge Chipman a aussi noté que le résumé de la déclaration de Daye, contenu dans le rapport de police, comportait cette description de deux cercles autour de Watts, et ainsi, que l’avocat n’avait pas perdu une possibilité réaliste de recueillir et de présenter des éléments de preuve découlant de cette déclaration. Le juge Chipman a décidé que la déclaration ne contenait rien qui donnait ouverture à une enquête préliminaire et dont n’aurait pas déjà disposé un avocat diligent.

Le juge Bateman, dissidente, a exprimé son désaccord avec la conclusion des juges majoritaires que, pour mériter un nouveau procès, un appellant doit établir l’existence d’une probabilité raisonnable que le résultat aurait été différent si la

any inquiry into the materiality of undisclosed information must include a generous assessment of the reasonable possibility that the non-disclosure impaired the preparation of the defence and fairness of the trial process, and that this inquiry encompassed more than a consideration of the reliability of the result. It was her opinion that there was enough information in Daye's statement to make it a potentially important resource in assisting with the preparation and presentation of the defence. She could not say that had Daye's statement been available to the defence, there was no reasonable possibility that the result might have been different, nor could she find that the fairness of the trial was not affected. She thus held that the right of the appellant to make full answer and defence was impaired by the Crown's non-disclosure.

19

Bateman J.A. also disagreed with her colleagues' conclusion that trial counsel for the appellant had failed to exercise due diligence. She shared the majority's concerns that failure by counsel for the various appellants to provide answers to questions posed at the appeal hearings, the lack of information in the affidavits of defence counsel as to their knowledge of the statement, and the unexplained interest in the statements subsequent to trial gave rise to suspicions that some or all of them may have made a strategic decision not to pursue disclosure. However, she did not conclude that trial counsel for the appellant had made a tactical choice to ignore the Crown's non-disclosure. She would have granted the appellant's request for a new trial.

III. Analysis

A. *The Crown's Duty to Disclose*

20

In *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, it was held that the Crown has an obligation to disclose all relevant material in its possession, so long as the material is not privileged. Material is relevant if it could reasonably be used by the defence in meeting the case for the Crown. Relevance was

documentation non communiquée avait été produite. Elle a statué que tout examen de la pertinence de renseignements non divulgués doit comprendre une évaluation généreuse de la possibilité raisonnable que la non-divulgaration ait nui à la préparation de la défense et à l'équité du procès, et que cet examen va plus loin que le bien-fondé du résultat. Elle était d'avis que la déclaration de Daye contenait assez de renseignements pour pouvoir être sensiblement utile à la préparation et à la présentation de la défense. Elle ne pouvait pas dire que, si la défense avait disposé de la déclaration de Daye, il n'y aurait eu aucune possibilité raisonnable que le résultat soit différent, et elle ne pouvait pas non plus conclure que l'équité du procès n'avait pas été compromise. Elle a donc jugé que l'omission de divulguer du ministère public avait porté atteinte au droit de l'appellant à une défense pleine et entière.

Le juge Bateman n'était pas d'accord non plus avec la conclusion de ses collègues que l'avocat de l'appellant au procès n'avait pas fait preuve de diligence raisonnable. Elle partageait les craintes des juges majoritaires que l'omission des avocats des divers appelants de répondre aux questions posées lors des audiences en appel, l'absence d'information dans les affidavits des avocats de la défense relativement à leur connaissance de la déclaration et leur intérêt inexplicité dans les déclarations à la suite du procès ne fassent soupçonner que certains ou la totalité d'entre eux avaient pris la décision stratégique de ne pas tenter d'obtenir la divulgation. Cependant, elle n'a pas conclu que l'avocat de l'appellant au procès avait adopté comme tactique de passer sous silence l'omission de divulguer du ministère public. Elle aurait fait droit à la demande de nouveau procès de l'appellant.

III. Analyse

A. *L'obligation de divulguer du ministère public*

Dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, il a été jugé que le ministère public est tenu de communiquer tous les documents pertinents qu'il a en sa possession, pourvu qu'ils ne soient pas protégés. Un document est pertinent si la défense peut raisonnablement s'en servir pour

described in *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 467, in this way:

One measure of the relevance of information in the Crown's hands is its usefulness to the defence: if it is of some use, it is relevant and should be disclosed — *Stinchcombe*, *supra*, at p. 345. This requires a determination by the reviewing judge that production of the information can reasonably be used by the accused either in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise in making a decision which may affect the conduct of the defence such as, for example, whether to call evidence.

Clearly the threshold requirement for disclosure is set quite low. As a result, a broad range of material, whether exculpatory or inculpatory, is subject to disclosure. See *Stinchcombe*, *supra*, at p. 343. In particular, "all statements obtained from persons who have provided relevant information to the authorities should be produced notwithstanding that they are not proposed as Crown witnesses" (p. 345). The Crown's duty to disclose is therefore triggered whenever there is a reasonable possibility of the information being useful to the accused in making full answer and defence. See *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at p. 742.

The obligation resting upon the Crown to disclose material gives rise to a corresponding constitutional right of the accused to the disclosure of all material which meets the *Stinchcombe* threshold. As Sopinka J. recently wrote for the majority of this Court in *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at p. 106:

The right to disclosure of material which meets the *Stinchcombe* threshold is one of the components of the right to make full answer and defence which in turn is a principle of fundamental justice embraced by s. 7 of the *Charter*. Breach of that obligation is a breach of the accused's constitutional rights without the requirement of an additional showing of prejudice.

réfuter la preuve du ministère public. L'arrêt *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, décrit ainsi la question de la pertinence, à la p. 467:

Une façon de mesurer la pertinence d'un renseignement dont dispose le ministère public est de déterminer son utilité pour la défense: s'il a une certaine utilité, il est pertinent et devrait être divulgué — *Stinchcombe*, précité, à la p. 345. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou autrement pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense comme, par exemple, de présenter ou non une preuve.

Manifestement, le critère préliminaire fixé pour la divulgation est fort peu élevé. Par conséquent, une vaste gamme de documents, qu'ils soient disculpatoires ou inculpatatoires, sont assujettis à la communication. Voir l'arrêt *Stinchcombe*, précité, à la p. 343. En particulier, «toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge» (p. 345). L'obligation de divulguer du ministère public est donc déclenchée chaque fois qu'il y a une possibilité raisonnable que le renseignement soit utile à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière. Voir *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, à la p. 742.

L'obligation qui incombe au ministère public de communiquer des documents engendre un droit constitutionnel correspondant de l'accusé à la communication de tous les documents qui satisfont au critère préliminaire de l'arrêt *Stinchcombe*. Comme l'écrivait récemment le juge Sopinka au nom de notre Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, à la p. 106:

Le droit à la communication de documents qui satisfont au critère préliminaire établi dans *Stinchcombe* est l'un des éléments du droit de présenter une défense pleine et entière qui est lui un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 de la *Charte*. Le fait de manquer à cette obligation constitue une atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice additionnel.

Thus, where an accused demonstrates a reasonable possibility that the undisclosed information could have been used in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise making a decision which could have affected the conduct of the defence, he has also established the impairment of his *Charter* right to disclosure.

23

However, a finding that an accused's right to disclosure has been violated does not end the analysis. As Sopinka J. wisely observed in *Carosella*, *supra*, at p. 100, an appellate court must be careful not to "confus[e] the obligation to establish a breach of the right [to full answer and defence] with the burden resting on the appellant in seeking a stay". Similarly, the initial test which must be met in order to establish a breach of the right to disclosure is analytically distinct from the burden to be discharged to merit the remedy of a new trial. The right to disclosure of all relevant material has a broad scope and includes material which may have only marginal value to the ultimate issues at trial. It follows that the Crown may fail to disclose information which meets the *Stinchcombe* threshold, but which could not possibly affect the reliability of the result reached or the overall fairness of the trial process. In those circumstances there would be no basis for granting the remedy of a new trial under s. 24(1) of the *Charter*, since no harm has been suffered by the accused.

24

It will be necessary later to explore in greater depth the nature of the burden to be discharged to merit a new trial. Now it will suffice to observe that for the purposes of this first stage of the analysis, an appellate court may well find that an accused's *Charter* right to disclosure has been breached, and yet deny the remedy of a new trial if it is found that the trial process was fundamentally fair and that there was no reasonable possibility the result at trial might have been different had the undisclosed material been produced. The right to

Ainsi, lorsqu'un accusé démontre l'existence d'une possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués auraient été utilisés pour réfuter la preuve du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou, par ailleurs, pour prendre une décision qui aurait pu avoir une incidence sur la façon de présenter la défense, il se trouve également à établir l'existence d'une atteinte au droit à la divulgation que lui garantit la *Charte*.

Toutefois, la conclusion qu'il y a eu violation du droit d'un accusé à la divulgation ne met pas fin à l'analyse. Comme le juge Sopinka l'a fait observer judicieusement dans *Carosella*, précité, à la p. 100, une cour d'appel doit se garder de «confond[re] l'obligation d'établir la violation du droit [à une défense pleine et entière] avec l'obligation qui incombe à l'appellant lorsqu'il sollicite l'arrêt des procédures». De même, le critère initial auquel il faut satisfaire pour établir la violation du droit à la divulgation est distinct, sur le plan de l'analyse, de l'obligation dont il faut s'acquitter pour mériter un nouveau procès à titre de réparation. Le droit à la communication de tous les documents pertinents est large et vise les documents qui peuvent n'avoir qu'une importance secondaire par rapport aux questions fondamentales en litige. Il s'ensuit que le ministère public peut omettre de divulguer des renseignements qui satisfont au critère préliminaire de l'arrêt *Stinchcombe*, mais qui ne pourraient absolument pas compromettre le bien-fondé du résultat atteint ou l'équité globale du procès. Dans ces circonstances, rien ne justifierait d'accorder un nouveau procès à titre de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, puisque l'accusé n'a subi aucun préjudice.

Il sera nécessaire plus tard d'examiner plus en profondeur la nature de l'obligation dont il faut s'acquitter pour mériter un nouveau procès. Il suffit, pour l'instant, de faire observer qu'aux fins de cette première étape de l'analyse une cour d'appel peut bien conclure à la violation du droit à la divulgation que la *Charte* garantit à un accusé, tout en refusant d'accorder un nouveau procès à titre de réparation si elle juge que le procès a été foncièrement équitable et qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable que le résultat du procès aurait été dif-

full disclosure is just one component of the right to make full answer and defence. It does not automatically follow that solely because the right to disclosure was violated, the *Charter* right to make full answer and defence was impaired.

Was the Appellant's Right to Disclosure
Breached at Trial?

The appellant has based his appeal on the failure to disclose all four witness statements, despite the finding of the Nova Scotia Court of Appeal that "[i]t was apparent from the argument that Daye's statement is the only one of the four non-disclosed statements relied on as material to the issue of full answer and defence" (p. 88). Both the majority and dissenting reasons were restricted to a consideration of Daye's statement. However, the majority evaluated the undisclosed statements solely in relation to their impact on the result reached at trial, and did not consider each statement in relation to the threshold issue as to whether there had been a breach of the appellant's *Charter* right to disclosure, although both issues may well have been collapsed into one. As a result, it will be appropriate to consider whether the failure to disclose each of the four statements violated the appellant's right to disclosure of relevant material.

The four statements may be briefly summarized as follows:

- (1) The statement of Travia Carvery dated September 16, 1994, indicates that he was inside the fraternity house when the assaults took place and that he did not witness any of the beatings;
- (2) The statement of Edmond ("T.J.") Levia dated September 22, 1994, indicates that he was inside the fraternity house when the assaults took place and that he did not witness any of the beatings;
- (3) The statement of Terrance Tynes dated September 21, 1994, reveals that he was in the

férent si la documentation non communiquée avait été produite. Le droit à la divulgation complète n'est qu'une composante du droit à une défense pleine et entière. Il ne s'ensuit pas automatiquement qu'il y a atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par la *Charte*, du seul fait qu'il y a eu violation du droit à la divulgation.

Le droit de l'appellant à la divulgation
a-t-il été violé au procès?

L'appellant a fondé son pourvoi sur l'omission de divulguer les quatre déclarations de témoins, malgré la conclusion de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse [TRADUCTION] «qu'il ressortait de cet argument que la déclaration de Daye est la seule des quatre déclarations non divulguées à être invoquée comme étant pertinente relativement à la question de la défense pleine et entière» (p. 88). Tant les motifs majoritaires que les motifs de dissidence se limitaient à un examen de la déclaration de Daye. Cependant, les juges majoritaires ont évalué les déclarations non divulguées uniquement en fonction de leur incidence sur le résultat atteint au procès et n'ont pas étudié chaque déclaration en fonction de la question préliminaire de savoir s'il y avait eu violation du droit à la divulgation garanti à l'appellant par la *Charte*, même si les deux questions avaient bien pu être ramenées à une seule. Par conséquent, il conviendra de se demander si l'omission de divulguer chacune des quatre déclarations a violé le droit de l'appellant à la communication des documents pertinents.

Les quatre déclarations peuvent se résumer brièvement ainsi:

- (1) La déclaration de Travia Carvery, en date du 16 septembre 1994, indique qu'il était dans la maison de la confrérie d'étudiants lorsque les voies de fait ont été commises et qu'il n'a été témoin d'aucune des raclées.
- (2) La déclaration d'Edmond («T.J.») Levia, en date du 22 septembre 1994, indique qu'il était dans la maison de la confrérie d'étudiants lorsque les voies de fait ont été commises et qu'il n'a été témoin d'aucune des raclées.
- (3) La déclaration de Terrance Tynes, en date du 21 septembre 1994, révèle qu'il se trouvait

vicinity of the assaults. He also states that he was with Danny Clayton, the Crown's main identification witness, while Shannon Burke and Terrence Dixon were arguing, and that he left the scene with Clayton. Tynes also describes the clothing he was wearing that night;

- (4) The statement of Terris Daye dated September 19, 1994, indicates that he witnessed two of the assaults. Daye identifies the location of some of the accused during these assaults, and identifies some of the assailants. Daye specifically implicates the appellant in the assault of John Charman, though it is possible that Daye was referring to the assault of Rob Gillis. The appellant was convicted of the assault on Darren Watts only.

27

The Crown has an obligation to disclose all information, whether inculpatory or exculpatory, that could "reasonably be used by the accused either in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise in making a decision which may affect the conduct of the defence such as, for example, whether to call evidence" (*Egger, supra*, at p. 467). Even so, "[w]hile the Crown must err on the side of inclusion, it need not produce what is clearly irrelevant" (*Stinchcombe, supra*, at p. 339). The statements of Carvery and Levia contain no relevant information at all, and there is no reasonable possibility that their statements could have been of any use to the appellant at trial.

28

To minimize the risk of inadvertent non-disclosure, the Crown might well choose to disclose even those witness statements that do not initially appear to be relevant. The defence obviously knows its case better than the Crown, and something which seems irrelevant could have significance to the defence. However it is clear that neither Carvery nor Levia had any further participation in the incident or in the investigation or prosecution of the appellant. Their statements were

près de l'endroit où les voies de fait ont été commises. Il déclare également qu'il était en compagnie de Danny Clayton, le principal témoin à charge en matière d'identification, pendant que Shannon Burke et Terrence Dixon se querellaient, et qu'il a quitté les lieux avec Clayton. Tynes décrit aussi les vêtements qu'il portait ce soir-là.

- (4) La déclaration de Terris Daye, en date du 19 septembre 1994, indique qu'il a été témoin de deux des cas de voies de fait. Daye précise où certains des accusés se trouvaient pendant que ces voies de fait étaient commises et identifie certains des agresseurs. Daye implique expressément l'appelant dans les voies de fait contre John Charman, même s'il est possible qu'il parlait alors des voies de fait contre Rob Gillis. L'appelant n'a été reconnu coupable que des voies de fait contre Darren Watts.

Le ministère public est tenu de divulguer tous les renseignements, inculpataires ou disculpatoires, que «l'accusé [pourrait] raisonnablement utiliser [...] pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou autrement pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense comme, par exemple, de présenter ou non une preuve» (*Egger*, précité, à la p. 467). Même là, «[s]i le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n'est toutefois pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence» (*Stinchcombe*, précité, à la p. 339). Les déclarations de Carvery et Levia ne contiennent aucun renseignement pertinent, et il n'y a aucune possibilité raisonnable que leurs déclarations aient été de quelque utilité à l'appelant au procès.

Pour réduire au minimum le risque de non-divulgaration par inadvertance, le ministère public pourrait bien choisir de divulguer même les déclarations de témoins qui ne semblent pas pertinentes au départ. Évidemment, la défense connaît mieux sa preuve que le ministère public, et quelque chose qui semble non pertinent au ministère public pourrait avoir de l'importance pour la défense. Il est clair, toutefois, que ni Carvery ni Levia n'ont participé davantage à l'incident ou encore à l'enquête

irrelevant and the Crown did not breach its obligation to disclose relevant material by failing to produce them.

However, the same thing cannot be said of the statement of Terrance Tynes, even though it seems to contain very little relevant information. It is significant that Tynes places himself in the vicinity of the assaults, though he does not identify any of the assailants. He also states he was with Danny Clayton for some part of the evening. Though Tynes does not contradict or add anything to Clayton's evidence, the fact that Tynes was with Clayton at some point during the assaults may have been of some use to the defence. Tynes's description of his clothing on the night in question may also have been of some use to the defence in cross-examining those Crown witnesses who could not identify Watts's assailants by name and who had to describe the appearance of the men they saw. Although the statement is of marginal value, it does meet the threshold articulated in *Stinchcombe* and should have been disclosed.

The statement of Terris Daye should also have been disclosed. Daye implicates the appellant in the assault of Rob Gillis, for which he was neither indicted nor convicted. Daye also makes certain incriminating remarks about the appellant in the course of his statement, such as "Spencer punched and kicked this guy. He likes to kick." Daye's statement also contradicts the evidence given by Clayton in certain respects, and as a result it could possibly have been of some use in challenging Clayton's credibility. These aspects of Daye's statement will have to be considered in greater detail in considering whether the appellant's *Charter* right to make full answer and defence was impaired by the Crown's non-disclosure of this statement. Once again, this statement meets the threshold set out in *Stinchcombe* and should have been disclosed. It follows that the appellant's right

ou aux poursuites concernant l'appelant. Leurs déclarations n'étaient pas pertinentes et le ministère public n'a pas manqué à son obligation de communiquer tous les documents pertinents en omettant de les produire.

Cependant, on ne peut pas en dire autant de la déclaration de Terrance Tynes, même si elle semble contenir très peu de renseignements pertinents. Il est révélateur que Tynes affirme qu'il se trouvait à proximité de l'endroit où les voies de fait ont été commises, et qu'il n'identifie aucun des agresseurs. Il déclare également avoir été en compagnie de Danny Clayton pendant une partie de la soirée. Quoique Tynes ne contredise pas le témoignage de Clayton ou n'y ajoute rien, le fait qu'il ait été en compagnie de Clayton à un certain moment, pendant que les voies de fait étaient commises, aurait pu être d'une certaine utilité pour la défense. La description que Tynes donne des vêtements qu'il portait le soir en question aurait pu également être utile à la défense lors du contre-interrogatoire des témoins à charge qui ne pouvaient pas identifier les agresseurs de Watts par leur nom et qui devaient décrire l'apparence des hommes qu'ils avaient vus. Bien que cette déclaration n'ait qu'une importance secondaire, elle satisfait effectivement au critère préliminaire de l'arrêt *Stinchcombe* et aurait dû être divulguée.

La déclaration de Terris Daye aurait dû elle aussi être divulguée. Daye implique l'appelant dans les voies de fait commises contre Rob Gillis, au sujet desquelles il n'a été ni mis en accusation ni reconnu coupable. Daye a aussi fait, dans sa déclaration, certaines remarques incriminantes au sujet de l'appelant, comme par exemple: [TRADUCTION] «Spencer a frappé cet homme à coups de poing et à coups de pied. Il aime donner des coups de pied.» La déclaration de Daye contredit également le témoignage de Clayton à certains égards et, par conséquent, elle aurait pu être utile pour attaquer la crédibilité de Clayton. Ces aspects de la déclaration de Daye devront être étudiés de plus près en examinant la question de savoir si l'omission du ministère public de divulguer cette déclaration a porté atteinte au droit à une défense pleine et entière que la *Charte* garantit à l'appelant. Encore

to disclosure was infringed by the Crown's inadvertent failure to produce these two statements.

B. Impairment of the Right to Make Full Answer and Defence and the Remedy to Be Granted under Section 24(1)

31

The right to disclosure is but one component of the right to make full answer and defence. Although the right to disclosure may be violated, the right to make full answer and defence may not be impaired as a result of that violation. Indeed, different principles and standards apply in determining whether disclosure should be made before conviction and in determining the effect of a failure to disclose after conviction. For instance, where the undisclosed material is available for review at trial, the presiding judge will evaluate it in relation to the *Stinchcombe* threshold to determine whether the Crown breached its obligation to disclose by withholding the material. If it has, an order for production or perhaps an adjournment will be the appropriate remedy. Obviously, these remedies are no longer available after conviction. At this stage, an appellate court must determine not only whether the undisclosed information meets the *Stinchcombe* threshold, but also whether the Crown's failure to disclose impaired the accused's right to make full answer and defence. Where an appellate court finds that the right to make full answer and defence was breached by the Crown's failure to disclose, the appropriate remedy will depend on the extent to which the right was impaired. Where, as here, the accused was tried before a judge alone, the judge has provided thorough reasons for the decision, and the undisclosed evidence is available for review, an appellate court is particularly well placed to assess the impact of the failure to disclose on the accused's ability to make full answer and defence at trial.

une fois, cette déclaration satisfait au critère préliminaire de l'arrêt *Stinchcombe* et aurait dû être divulguée. Il s'ensuit qu'il y a eu atteinte au droit de l'appelant à la divulgation, du fait que le ministère public a omis par inadvertance de produire ces deux déclarations.

B. L'atteinte au droit à une défense pleine et entière et la réparation à accorder en vertu du par. 24(1)

Le droit à la divulgation n'est qu'une composante du droit à une défense pleine et entière. Bien qu'il puisse y avoir violation du droit à la divulgation, il se peut qu'il n'y ait aucune atteinte au droit à une défense pleine et entière par suite de cette violation. En fait, différents principes et normes s'appliquent pour déterminer si la divulgation devrait avoir lieu avant la déclaration de culpabilité et pour déterminer l'effet d'une omission de divulguer après la déclaration de culpabilité. Par exemple, lorsque la documentation non communiquée peut être examinée au procès, le juge qui préside l'audience l'évaluera en fonction du critère préliminaire de l'arrêt *Stinchcombe* pour déterminer si, en dissimulant cette documentation, le ministère public a manqué à son obligation de divulguer. Dans l'affirmative, une ordonnance de production ou peut-être l'ajournement sera la réparation appropriée. Il est évident que ces réparations ne sont plus disponibles après une déclaration de culpabilité. Une cour d'appel doit alors déterminer non seulement si les renseignements non divulgués satisfont au critère préliminaire de *Stinchcombe*, mais encore si l'omission de divulguer du ministère public a porté atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Si une cour d'appel conclut que l'omission de divulguer du ministère public a porté atteinte au droit à une défense pleine et entière, la réparation à accorder dépendra de la gravité de l'atteinte à ce droit. Lorsque, comme en l'espèce, l'accusé a subi son procès devant un juge seul, qui a fourni des motifs détaillés à l'appui de sa décision, et que les éléments de preuve non divulgués peuvent être examinés, une cour d'appel est particulièrement bien placée pour évaluer l'incidence de l'omission de divulguer sur la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière à son procès.

At this point, something should also be said about the standard to be met by an accused who asserts that the right to make full answer and defence was impaired. It is trite but worth repeating that in all cases where a person claims that a *Charter* right has been violated, he or she must prove on a balance of probabilities that the violation occurred. Thus, before granting any sort of remedy under s. 24(1), it must be found that it was more likely than not that the *Charter* right in question was infringed or denied. See *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 277.

The evidence required to meet this burden and the factors to be considered will differ according to the particular right at issue and the particular remedy sought. For example, where a court is persuaded that undisclosed information meets the *Stinchcombe* threshold, an accused has met his burden to establish a violation of his *Charter* right to disclosure. As noted above, the appropriate remedy for such a violation is, at trial, an order for production or an adjournment. Where non-disclosure is raised on an appeal from a conviction, an accused must, as a threshold matter, establish a violation of the right to disclosure. Further, the accused bears the additional burden of demonstrating on a balance of probabilities that the right to make full answer and defence was impaired as a result of the failure to disclose.

This burden is discharged where an accused demonstrates that there is a reasonable possibility the non-disclosure affected the outcome at trial or the overall fairness of the trial process. See *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763, at p. 776; *Stinchcombe*, *supra*, at p. 348. Imposing a test based on a reasonable possibility strikes a fair balance between an accused's interest in a fair trial and the public's interest in the efficient administration of justice. It recognizes the difficulty of reconstructing accurately the trial process, and avoids the undesirable effect of undermining the Crown's

À ce moment-ci, il faudrait aussi parler de la norme à laquelle doit satisfaire l'accusé qui soutient qu'il y a eu atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Même si cela peut sembler banal, il vaut la peine de répéter que, dans toutes les affaires où une personne allègue une violation d'un droit garanti par la *Charte*, elle doit prouver l'existence de cette violation selon la prépondérance des probabilités. Donc, avant d'accorder quelque réparation que ce soit en vertu du par. 24(1), il faut conclure qu'il était davantage probable qu'il y avait eu violation ou négation du droit en question garanti par la *Charte*. Voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 277.

La preuve requise pour s'acquitter de cette obligation et les facteurs à prendre en considération différeront selon le droit en cause et la réparation réclamée. Par exemple, lorsqu'un tribunal est convaincu que les renseignements non divulgués satisfont au critère préliminaire de l'arrêt *Stinchcombe*, l'accusé s'est acquitté de son obligation d'établir l'existence d'une violation du droit à la divulgation que lui garantit la *Charte*. Comme nous l'avons vu, une ordonnance de production ou l'ajournement est la réparation qu'il convient d'accorder pour une telle violation au procès. Lorsque la question de la non-divulgation est soulevée dans le cadre d'un appel contre une déclaration de culpabilité, l'accusé doit commencer par établir l'existence d'une violation du droit à la divulgation. De plus, il incombe à l'accusé de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l'omission de divulguer a porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière.

Il est satisfait à cette obligation lorsque l'accusé démontre qu'il y a une possibilité raisonnable que la non-divulgation ait influé sur l'issue ou l'équité globale du procès. Voir les arrêts *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763, à la p. 776; *Stinchcombe*, précité, à la p. 348. Imposer un critère fondé sur une possibilité raisonnable permet d'établir un juste équilibre entre l'intérêt qu'a l'accusé à subir un procès équitable et l'intérêt qu'a le public dans l'administration efficace de la justice. On reconnaît ainsi la difficulté qu'il y a à reconstituer fidèlement le procès et on évite l'effet non souhaitable de

32

33

34

disclosure obligations. This would be the result if the Crown were placed in a better position by withholding rather than disclosing information of relatively low probative value. However, the reasonable possibility to be shown under this test must not be entirely speculative. It must be based on reasonably possible uses of the non-disclosed evidence or reasonably possible avenues of investigation that were closed to the accused as a result of the non-disclosure. If this possibility is shown to exist, then the right to make full answer and defence was impaired.

35 Once an accused establishes impairment of the right to make full answer and defence as a result of the Crown's failure to disclose, he or she is entitled to a remedy under s. 24(1). Again, it is at this stage that the degree of impairment or prejudice to the accused's rights must be assessed and considered in relation to the remedy sought. For example, an accused who seeks the extraordinary remedy of a stay of proceedings must not only establish, on a balance of probabilities, that the right to make full answer and defence was impaired, but must also demonstrate irreparable prejudice to that right. See *Carosella, supra*, at p. 112. By contrast, where the remedy sought is a new trial, an accused need only persuade the appellate court of the reasonable possibility that the failure to disclose affected either the outcome at trial or the overall fairness of the trial process, and nothing more.

36 Thus, in order to determine whether the right to make full answer and defence was impaired, it is necessary to undertake a two-step analysis based on these considerations. First, in order to assess the reliability of the result, the undisclosed information must be examined to determine the impact it might have had on the decision to convict. Obviously this will be an easier task if the accused was tried before a judge alone, and reasons were given for the conviction. If at the first stage an appellate court is persuaded that there is a reasonable possibility that, on its face, the undisclosed information

miner les obligations de divulgation du ministère public. C'est le résultat auquel on arriverait si, en dissimulant des renseignements ayant relativement peu de valeur probante, le ministère public se trouvait dans une meilleure situation qu'en les divulguant. Cependant, la possibilité raisonnable, dont l'existence doit être démontrée selon ce critère, ne doit pas être purement hypothétique. Elle doit se fonder sur les utilisations raisonnablement possibles de la preuve non divulguée ou sur les moyens d'enquête raisonnablement possibles dont l'accusé a été privé à la suite de la non-divulgation. S'il est prouvé qu'une telle possibilité existe, il y a alors eu atteinte au droit à une défense pleine et entière.

L'accusé qui établit que l'omission de divulguer du ministère public a porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière a droit à une réparation fondée sur le par. 24(1). Encore une fois, c'est à cette étape que la gravité de l'atteinte portée aux droits de l'accusé ou du préjudice causé à ceux-ci doit être évaluée et examinée en fonction de la réparation demandée. Par exemple, l'accusé qui réclame la réparation exceptionnelle qu'est l'arrêt des procédures doit non seulement établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu atteinte à son droit à une défense pleine et entière, mais encore qu'un préjudice irréparable a été causé à ce droit. Voir *Carosella*, précité, à la p. 112. Par contre, lorsque la réparation demandée est un nouveau procès, l'accusé a seulement besoin de convaincre la cour d'appel de la possibilité raisonnable que l'omission de divulguer ait influé sur l'issue ou l'équité globale du procès, rien de plus.

Donc, pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit à une défense pleine et entière, il faut entreprendre une analyse en deux étapes fondée sur ces considérations. Premièrement, pour évaluer le bien-fondé du résultat, il faut examiner les renseignements non divulgués pour déterminer l'incidence qu'ils auraient pu avoir sur la décision de rendre un verdict de culpabilité. Évidemment, la tâche sera plus facile si l'accusé a subi son procès devant un juge seul et si des motifs ont été exposés à l'appui de la déclaration de culpabilité. Si, à la première étape, une cour d'appel est convaincue

affects the reliability of the conviction, a new trial should be ordered. Even if the undisclosed information does not itself affect the reliability of the result at trial, the effect of the non-disclosure on the overall fairness of the trial process must be considered at the second stage of analysis. This will be done by assessing, on the basis of a reasonable possibility, the lines of inquiry with witnesses or the opportunities to garner additional evidence that could have been available to the defence if the relevant information had been disclosed. In short, the reasonable possibility that the undisclosed information impaired the right to make full answer and defence relates not only to the content of the information itself, but also to the realistic opportunities to explore possible uses of the undisclosed information for purposes of investigation and gathering evidence.

In considering the overall fairness of the trial process, defence counsel's diligence in pursuing disclosure from the Crown must be taken into account. A lack of due diligence is a significant factor in determining whether the Crown's non-disclosure affected the fairness of the trial process. In *Stinchcombe, supra*, at p. 341, defence counsel's duty to be duly diligent was described in this way:

Counsel for the accused must bring to the attention of the trial judge at the earliest opportunity any failure of the Crown to comply with its duty to disclose of which counsel becomes aware. Observance of this rule will enable the trial judge to remedy any prejudice to the accused if possible and thus avoid a new trial. See *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786. Failure to do so by counsel for the defence will be an important factor in determining on appeal whether a new trial should be ordered.

The fair and efficient functioning of the criminal justice system requires that defence counsel exercise due diligence in actively seeking and pursuing Crown disclosure. The very nature of the disclo-

qu'il y a une possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués influent, à *première vue*, sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité, un nouveau procès devrait être ordonné. Même si les renseignements non divulgués n'influent pas eux-mêmes sur le bien-fondé du résultat atteint au procès, l'incidence de la non-divulgaration sur l'équité globale du procès doit être prise en considération à la deuxième étape de l'analyse. On le fera en évaluant, sous l'angle d'une possibilité raisonnable, les questions qui auraient pu être posées aux témoins ou les possibilités de recueillir d'autres éléments de preuve que la défense aurait pu avoir si les renseignements pertinents avaient été divulgués. Bref, la possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués aient porté atteinte au droit à une défense pleine et entière a trait non seulement au contenu des renseignements eux-mêmes, mais encore aux possibilités réalistes d'examiner les utilisations possibles des renseignements non divulgués aux fins de l'enquête et de la cueillette d'éléments de preuve.

Pour examiner l'équité globale du procès, il faut tenir compte de la diligence dont l'avocat de la défense a fait preuve en tentant d'obtenir la divulgation par le ministère public. Le manque de diligence raisonnable est un facteur important pour déterminer si la non-divulgaration par le ministère public a nui à l'équité du procès. Dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, à la p. 341, l'obligation qu'a l'avocat de la défense de faire preuve de diligence raisonnable est ainsi décrite:

Quand l'avocat de l'accusé prend connaissance d'une omission du ministère public de respecter son obligation de divulguer, celui-ci doit, dès que possible, signaler cette omission au juge du procès. L'observation de cette règle permettra au juge du procès de remédier, autant que faire se peut, à tout préjudice causé à l'accusé et d'éviter ainsi un nouveau procès. Voir *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786. L'omission de l'avocat de la défense de ce faire constituera un facteur important à retenir pour déterminer, lors d'un appel, s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pour que le système de justice pénale fonctionne efficacement et équitablement, l'avocat de la défense doit faire preuve de diligence raisonnable en réclamant activement la divulgation par le

sure process makes it prone to human error and vulnerable to attack. As officers of the court, defence counsel have an obligation to pursue disclosure diligently. When counsel becomes or ought to become aware, from other relevant material produced by the Crown, of a failure to disclose further material, counsel must not remain passive. Rather, they must diligently pursue disclosure. This was aptly stated by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Bramwell* (1996), 106 C.C.C. (3d) 365 (aff'd [1996] 3 S.C.R. 1126), at p. 374:

... the disclosure process is one which engages both the Crown and the defence. It is not one in which defence counsel has no role to play except as passive receiver of information. The goal of the disclosure process is to ensure that the accused is not denied a fair trial. To that end, Crown counsel must disclose everything in its possession which is not clearly irrelevant to the defence, but the defence must also play its part by diligently pursuing disclosure from Crown counsel in a timely manner. Further, where, as here, defence counsel makes a tactical decision not to pursue disclosure of certain documents, the court will generally be unsympathetic to a plea that full disclosure of those documents was not made.

See also *R. v. S.E.S.* (1992), 100 Sask. R. 110 (C.A.), at p. 121.

38

Whether a new trial should be ordered on the basis that the Crown's non-disclosure rendered the trial process unfair involves a process of weighing and balancing. If defence counsel knew or ought to have known on the basis of other disclosures that the Crown through inadvertence had failed to disclose information yet remained passive as a result of a tactical decision or lack of due diligence it would be difficult to accept a submission that the failure to disclose affected the fairness of the trial. See *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501, at pp. 502-3.

ministère public. La nature même du processus de divulgation l'expose à l'erreur humaine et à la contestation. En tant qu'officier de justice, l'avocat de la défense est tenu de faire preuve de diligence en tentant d'obtenir la divulgation. Lorsque l'avocat prend ou devrait prendre connaissance, à partir de documents pertinents produits par le ministère public, d'une omission de communiquer d'autres documents, il ne doit pas rester passif. Il doit plutôt tenter diligemment d'en obtenir la communication. Ce principe est bien énoncé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Bramwell* (1996), 106 C.C.C. (3d) 365 (conf. par [1996] 3 R.C.S. 1126), à la p. 374:

[TRADUCTION] ... le processus de divulgation met en cause à la fois le ministère public et la défense. Ce n'est pas un processus dans lequel l'avocat de la défense n'a aucun rôle à jouer, si ce n'est de recevoir l'information de façon passive. Le processus de divulgation vise à assurer que l'accusé ne soit pas privé d'un procès équitable. À cette fin, le substitut du procureur général doit divulguer tout ce qui est en sa possession et qui n'est pas manifestement non pertinent pour la défense, mais la défense doit également jouer son rôle en réclamant de manière diligente au substitut du procureur général la divulgation en temps opportun. De plus, lorsque, comme en l'espèce, l'avocat de la défense prend une décision tactique de ne pas tenter d'obtenir la communication de certains documents, le tribunal sera généralement indifférent à un plaidoyer selon lequel il n'y a pas eu communication complète de ces documents.

Voir également *R. c. S.E.S.* (1992), 100 Sask. R. 110 (C.A.), à la p. 121.

La réponse à la question de savoir s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour le motif que l'omission de divulguer du ministère public a rendu le procès inéquitable comporte un processus d'évaluation et de pondération. Si l'avocat de la défense savait ou aurait dû savoir, sur la foi d'autres renseignements divulgués, que le ministère public avait omis par inadvertence de divulguer de l'information, et qu'il n'a rien fait en raison d'une décision tactique ou d'un manque de diligence raisonnable, il serait difficile de retenir un argument selon lequel l'omission de divulguer a nui à l'équité du procès. Voir l'arrêt *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501, aux pp. 502 et 503.

In sum, all these factors must be appropriately balanced. In situations where the materiality of the undisclosed evidence is, on its face, very high, a new trial should be ordered on this basis alone. In these circumstances, it will not be necessary to consider the impact of lost opportunities to garner additional evidence flowing from the failure to disclose. However, where the materiality of the undisclosed information is relatively low, an appellate court will have to determine whether any realistic opportunities were lost to the defence. To that end, the due diligence or lack of due diligence of defence counsel in pursuing disclosure will be a very significant factor in deciding whether to order a new trial. This balancing process must now be applied to this appeal.

Application to this Appeal

(a) *The Appellant's Conviction under Section 21(1) of the Criminal Code*

It is significant to the disposition of this appeal that the trial judge found that the appellant was guilty both as a principal and as a party under s. 21(1) of the *Criminal Code*. That section provides:

21. (1) Every one is a party to an offence who

- (a) actually commits it;
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or
- (c) abets any person in committing it.

The trial judge's reasons for convicting the appellant for the aggravated assault of Darren Watts under s. 21(1) of the *Code* were expressed forcefully and with great clarity. He stated (at p. 324):

The identity of the man or men who jumped up and down on Darren Watts, and the identity of the man who pushed away his friends so as to get a better angle, or more space, to take a vicious three step kick at his head, described at various times as a "soccer", "grey cup", or "killer kick", cannot be affirmed. I find that the group

Somme toute, il convient de bien pondérer tous ces facteurs. Dans les cas où la pertinence de la preuve non divulguée est très élevée à première vue, la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée pour ce motif seulement. Dans ces circonstances, il ne sera pas nécessaire d'examiner l'incidence des possibilités perdues de recueillir d'autres éléments de preuve par suite de l'omission de divulguer. Cependant, si la pertinence des renseignements non divulgués est relativement peu élevée, une cour d'appel devra déterminer si la défense a perdu des possibilités réalistes. À cette fin, la diligence raisonnable ou le manque de diligence raisonnable dont l'avocat de la défense aura fait preuve en tentant d'obtenir la divulgation constituera un facteur très important à retenir pour décider d'ordonner ou non la tenue d'un nouveau procès. Ce processus de pondération doit maintenant être appliqué au présent pourvoi.

Application au présent pourvoi

a) *La déclaration de culpabilité de l'appellant fondée sur le par. 21(1) du Code criminel*

Il importe de souligner, pour trancher le présent pourvoi, que le juge du procès a déclaré l'appellant coupable à la fois comme auteur principal de l'infraction et comme participant à celle-ci, au sens du par. 21(1) du *Code criminel*. Ce paragraphe se lit ainsi:

21. (1) Participant à une infraction:

- a) quiconque la commet réellement;
- b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;
- c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

Le juge du procès a exposé avec vigueur et grande clarté les raisons pour lesquelles il a déclaré l'appellant coupable de voies de fait graves contre Darren Watts, en vertu du par. 21(1) du *Code*. Il a dit (à la p. 324):

[TRADUCTION] On ne peut pas confirmer l'identité de l'homme ou des hommes qui ont sauté sur Darren Watts ni celle de l'homme qui a écarté ses amis afin de jouir d'un meilleur angle, ou de plus d'espace, pour reculer de trois pas et lui donner un violent coup de pied à la tête, qui a été décrit à maintes reprises comme un «botté

that formed a circle around Darren Watts and were responsible for his savage beating comprised at least seven black males, those being these six accused and the Crown witness, Danny Clayton. There were possibly others in that circle which surrounded Mr. Watts, whose identities are best known to his assailants. However, their names and level of participation that night are irrelevant for the purposes of this trial, as I am satisfied beyond a reasonable doubt of the guilt of each of these six accused in the aggravated assault of Darren Watts.

It is well settled that mere presence at the scene of a crime is not sufficient to support a finding of culpability. (*Dunlop and Sylvester v. The Queen* [[1979] 2 S.C.R. 881]). Something more is required. Here, the Crown relies upon s. 21(1) of the *Criminal Code*, the effect of which is to make equally culpable the person who actually commits the offense, and any person who aids or abets in committing the offense. While I am convinced beyond a reasonable doubt as to the guilt of these six accused on all counts based on the testimony of their accomplice, Danny Clayton, were it necessary, I would also be prepared to say that each of the accused and Danny Clayton were parties to the aggravated assault of Darren Watts as charged on the Indictment, within the meaning of s. 21(1). I am satisfied the men in the circle were all there for the same reasons: to kick or beat Darren Watts; or help in administering the beating; or encourage it; or stand — as observed by others — shoulder to shoulder so as to form a circle thereby ensnaring Darren Watts and preventing him from getting away or stopping others from coming to his rescue. [Emphasis added.]

41

The appellant bears the burden of demonstrating that either (i) it is reasonably possible the non-disclosed statements affect the reliability of his conviction as a principal in the aggravated assault on Darren Watts, and the conviction for aiding or abetting the assault on Watts; or (ii) that it is reasonably possible the non-disclosure of the statements affected the overall fairness of the trial process. It must be remembered that as a result of the appellant's conviction under s. 21(1) of the *Code*, he must show that the undisclosed statements affected each of the alternative conclusions referred to in the subsection, specifically, that the

de soccer», un «botté de Coupe Grey» ou un «méchant coup de pied». Je conclus que le groupe qui a encerclé Darren Watts et qui a été responsable de la raclée sauvage qu'il a reçue comprenait au moins sept noirs, soit les six accusés et le témoin à charge, Danny Clayton. Il y avait peut-être d'autres personnes dans ce cercle qui s'est formé autour de M. Watts, dont les agresseurs connaissent mieux l'identité. Cependant, leurs noms et leur degré de participation ce soir-là ne sont pas pertinents pour les fins du présent procès, car je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que chacun de ces six accusés est coupable des voies de fait graves dont a été victime Darren Watts.

Il est bien établi que la seule présence sur les lieux d'un crime ne suffit pas à justifier une déclaration de culpabilité. (*Dunlop et Sylvester c. La Reine* [[1979] 2 R.C.S. 881]). Il faut quelque chose de plus. En l'espèce, le ministère public s'appuie sur le par. 21(1) du *Code criminel*, qui a pour effet de rendre aussi coupables l'une que l'autre la personne qui commet réellement l'infraction et celle qui aide ou encourage la perpétration de l'infraction. Bien que je sois convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de ces six accusés relativement à tous les chefs d'accusation, en raison du témoignage de leur complice, Danny Clayton, je serais également disposé à dire, si cela était nécessaire, que chacun des accusés et Danny Clayton ont participé, au sens du par. 21(1), aux voies de fait graves contre Darren Watts, tel que mentionné dans l'acte d'accusation. Je suis persuadé que les hommes qui formaient le cercle étaient tous là pour les mêmes raisons: donner des coups de pied à Darren Watts ou le battre, ou aider à le battre ou encourager d'autres à le faire, ou encore — comme d'autres l'ont fait observer — se serrer les coudes de manière à former un cercle afin d'empêcher Darren Watts de s'échapper ou d'empêcher d'autres personnes de venir à sa rescousse. [Je souligne.]

Il incombe à l'appelant de démontrer (i) qu'il est raisonnablement possible que les déclarations non divulguées influent sur le bien-fondé de sa déclaration de culpabilité en tant qu'auteur principal des voies de fait graves contre Darren Watts, et de sa déclaration de culpabilité d'avoir aidé ou encouragé à perpétrer les voies de fait contre Watts, ou (ii) qu'il est raisonnablement possible que la non-divulguation des déclarations ait nui à l'équité globale du procès. Il faut se rappeler que, par suite de sa déclaration de culpabilité fondée sur le par. 21(1) du *Code*, l'appelant doit prouver que l'omission de divulguer les déclarations a influé

appellant either kicked or beat Darren Watts; helped to administer the beating; or encouraged the beating. In my opinion, the appellant has not discharged this burden.

(b) *Materiality of Tynes's Statement*

There is little to say in relation to the materiality of Tynes's statement. It neither adds to nor contradicts the identification evidence given by Danny Clayton. Tynes makes no reference to the appellant at all. Neither does his description of his own clothing and appearance that night have any impact on the appellant's conviction. It is apparent that, on its face, Tynes's statement could not have had any impact on the reliability of the appellant's conviction at trial. The possibility that Tynes's statement could have been used to garner additional evidence will be considered later in relation to the fairness of the trial process.

(c) *Materiality of Daye's Statement*

It is significant that Daye states very clearly that he only witnessed two of the assaults that took place on the night in question, and definitely implies that he did not witness the assault of Darren Watts. Indeed, he has little to offer in relation to the assault on Watts, beyond the description of two circles of people around the victim and the location of the assault. This paucity of detail stands in stark contrast to Daye's description of the other two assaults, in which he implicates the appellant.

Thus, in terms of direct impact on the appellant's conviction, the statement is of no consequence. Daye not only has little to say about the assault on Watts, he in fact makes highly incriminating statements about the appellant. It follows that there is no reasonable possibility that Daye's statement, on its face, could directly affect the reliability of the result reached at trial.

sur chacune des autres conclusions mentionnées dans le paragraphe, plus précisément celles qu'il a donné des coups de pied à Darren Watts ou l'a battu, qu'il a aidé à le battre ou qu'il a encouragé à le faire. À mon avis, l'appellant ne s'est pas acquitté de cette obligation.

b) *La pertinence de la déclaration de Tynes*

Il y a peu de choses à dire au sujet de la pertinence de la déclaration de Tynes. Elle n'ajoute rien à la preuve d'identification présentée par Danny Clayton et elle ne la contredit pas non plus. Tynes ne mentionne aucunement l'appellant. La description de ses propres vêtements et de son apparence ce soir-là n'a également aucune incidence sur la déclaration de culpabilité de l'appellant. Il appert qu'à première vue la déclaration de Tynes n'aurait pu avoir aucune incidence sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité de l'appellant prononcée au procès. La possibilité que la déclaration de Tynes aurait été utilisée pour recueillir d'autres éléments de preuve sera examinée plus loin en fonction de l'équité du procès.

c) *La pertinence de la déclaration de Daye*

Il est révélateur que Daye déclare très clairement qu'il n'a été témoin que de deux des cas de voies de fait qui ont été commises le soir en question et qu'il laisse nettement entendre qu'il n'a pas été témoin des voies de fait contre Darren Watts. En réalité, il a peu à offrir au sujet des voies de fait contre Watts, outre sa description de deux cercles de personnes autour de la victime et de l'endroit où les voies de fait ont été commises. Ce manque de détails contraste vivement avec la description que Daye donne des deux autres cas de voies de fait, dans laquelle il implique l'appellant.

Ainsi, la déclaration n'a aucune incidence directe sur la déclaration de culpabilité de l'appellant. Non seulement Daye a-t-il peu de choses à dire au sujet des voies de fait contre Watts, mais encore il fait, en réalité, des déclarations très incriminantes au sujet de l'appellant. Il s'ensuit qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que la déclaration de Daye aurait, à première vue, influé directement sur le bien-fondé du résultat atteint au procès.

42

43

44

45

It now must be considered whether the statement could have had some indirect impact. The identification of the appellant as one of the men who assaulted Darren Watts rested to a large extent on Clayton's credibility. As a result, any contradictions that exist between Daye's statement and the evidence given by Clayton are relevant to the appellant's defence and could potentially affect the reliability of the conviction. The significant contradictions may be summarized in this way:

- i. Daye stated that the appellant and Damon Cole assaulted "#1 guy" (it appears Daye was referring to the assault on Rob Gillis). Clayton testified that Cyril Smith and Damon Cole assaulted Rob Gillis.
- ii. When asked whether he saw Cyril Smith punch, hit or kick anyone, Daye responded, "No". Clayton testified that Cyril Smith assaulted Rob Gillis.
- iii. Daye stated that he did not see Stacey Skinner hit anyone, though he knew that Skinner had admitted to an assault in his own statement to police. Clayton testified that Skinner assaulted Charman and Watts. It should also be noted that Skinner admitted to the assault on Charman in his statement to the police.
- iv. Daye stated that he could not remember Guy Robart hitting anyone. Clayton testified that Robart assaulted Watts.
- v. Daye stated that one group of men ran toward the hospital across from the fraternity house, and then another group joined them. Clayton testified that there was a single group — the one that assaulted Darren Watts — that ran to the hospital. This was supported by the testimony of another

Il faut maintenant se demander si la déclaration aurait pu avoir une incidence indirecte. L'identification de l'appelant comme étant l'un des hommes qui ont commis des voies de fait contre Darren Watts reposait en grande partie sur la crédibilité de Clayton. Par conséquent, toute contradiction qui existe entre la déclaration de Daye et le témoignage de Clayton est pertinente relativement à la défense de l'appelant et est susceptible d'influer sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité. Les contradictions importantes peuvent se résumer ainsi:

- i. Daye a déclaré que l'appelant et Damon Cole ont commis des voies de fait contre le «premier homme» (il semble que Daye faisait allusion aux voies de fait contre Rob Gillis). Clayton a témoigné que Cyril Smith et Damon Cole ont commis des voies de fait contre Rob Gillis.
- ii. Lorsqu'on lui a demandé s'il avait vu Cyril Smith battre quelqu'un ou frapper quelqu'un à coups de poing ou à coups de pied, Daye a répondu «Non». Clayton a témoigné que Cyril Smith a commis des voies de fait contre Rob Gillis.
- iii. Daye a déclaré ne pas avoir vu Stacey Skinner frapper quelqu'un, même s'il savait que Skinner avait admis avoir commis des voies de fait dans sa propre déclaration à la police. Clayton a témoigné que Skinner a commis des voies de fait contre Charman et Watts. Il y a lieu également de noter que Skinner a admis avoir commis des voies de fait contre Charman dans sa déclaration à la police.
- iv. Daye a déclaré ne pas pouvoir se rappeler si Guy Robart avait frappé quelqu'un. Clayton a témoigné que Robart a commis des voies de fait contre Watts.
- v. Daye a déclaré qu'un seul groupe d'hommes s'est dirigé en courant vers l'hôpital situé en face de la maison de la confrérie et qu'un autre groupe l'a ensuite rejoint. Clayton a témoigné qu'un seul groupe — celui qui avait commis des voies de fait contre Darren Watts — avait couru vers l'hôpital. Cela a

Crown witness, Blaine McQueen. The “single cohesive group” theory was a significant part of the Crown’s theory at trial.

It seems to me that these relatively insignificant contradictions could not possibly affect the reliability of the appellant’s conviction under s. 21(1) for the assault on Darren Watts. As to (i), it is not reasonably possible that Daye’s identification of the appellant as one of Gillis’s assailants would undermine the credibility of Clayton’s identification of the appellant as one of Watts’s assailants. This very minor contradiction on a peripheral issue could not raise a doubt in the trial judge’s mind regarding the appellant’s conviction for the assault on Watts. The contradictions referred to in (ii), (iii) and (iv) are based on Daye’s recollection and observation of the events in question. Once again, it is not reasonably possible that these gaps in Daye’s memory and observations would undermine Clayton’s credibility in the mind of the trial judge regarding the appellant’s participation in the assault on Watts. It must be remembered that the trial judge carefully scrutinized all of Clayton’s evidence and was convinced of his credibility. On this aspect he stated (at pp. 327-28):

I was impressed by the way he conducted himself while testifying. I watched him listened to him intently. Nothing of what he said or how he said it caused me to be left with any reasonable doubt of his positive identification of these six accused as being responsible for the aggravated assault of Darren Watts. . . .

While testifying Mr. Clayton left me with the clear impression that he was responding carefully and honestly to questions posed by counsel. Simply to illustrate, I noted that occasionally he asked questions of the cross-examiner to be sure that he understood the question before responding. He never appeared evasive, or argumentative, or attempting to cast himself or his answers in the best possible light. He acknowledged the

été étayé par le témoignage d’un autre témoin à charge, Blaine McQueen. La thèse d’«un seul groupe cohésif» a constitué une partie importante de l’argumentation du ministère public au procès.

Il me semble que ces contradictions relativement peu importantes ne pouvaient absolument pas influencer sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité qui a été prononcée contre l’appelant, en application du par. 21(1), relativement aux voies de fait contre Darren Watts. Quant à l’alinéa (i), il n’est pas raisonnablement possible que l’identification par Daye de l’appelant comme étant l’un des agresseurs de Gillis minerait la crédibilité de Clayton quand il identifie l’appelant comme étant l’un des agresseurs de Watts. Cette contradiction très mineure concernant une question secondaire ne pouvait pas susciter un doute dans l’esprit du juge du procès quant à la déclaration de culpabilité de l’appelant relative aux voies de fait contre Watts. Les contradictions mentionnées aux alinéas (ii), (iii) et (iv) sont fondées sur le souvenir que Daye avait des événements en question et sur l’observation qu’il en avait faite. Encore une fois, il n’est pas raisonnablement possible que ces lacunes dans les souvenirs et les observations de Daye mineraient la crédibilité de Clayton dans l’esprit du juge du procès en ce qui concerne la participation de l’appelant aux voies de fait contre Watts. Il faut se rappeler que le juge du procès a examiné attentivement toute la preuve de Clayton et qu’il était convaincu de sa crédibilité. À cet égard, il a dit (aux pp. 327 et 328):

[TRADUCTION] J’ai été impressionné par la façon dont il s’est comporté pendant son témoignage. Je l’ai observé et écouté attentivement. Rien dans ses propos ou dans sa façon de les tenir n’a suscité chez moi un doute raisonnable quant à son identification positive de ces six accusés comme étant responsables des voies de fait graves contre Darren Watts. . . .

Pendant son témoignage, M. Clayton m’a donné nettement l’impression de répondre minutieusement et honnêtement aux questions des avocats. Simplement à titre d’exemple, j’ai noté qu’il a parfois posé des questions au contre-interrogateur pour s’assurer qu’il avait bien compris la question avant d’y répondre. Il ne s’est jamais montré évasif ni belliqueux ou encore soucieux de se présenter ou de présenter ses réponses sous le

obvious. Sometimes the form of the question posed resulted in an unsolicited response which, in my eyes, bolstered Clayton's credibility. When referred to previous statements where questions were asked using compound phrases like "kicking and punching" Clayton attempted to carefully draw a distinction. His answers to difficult questions were reasonable. He met them head on. . . .

In light of these comments it is unrealistic to think that the minor contradictions apparent in Daye's statement would have had the effect of undermining Clayton's credibility. Quite simply, they do not render the appellant's conviction unreliable.

47 As to (v), the Crown's theory of a single cohesive group is only significant in its application to the group of men who assaulted John Charman and then turned on Watts. Daye's statement that two groups of men left the scene does nothing to contradict this theory. This contradiction does not suggest in any way that the appellant's conviction is unreliable.

48 Lastly, Daye's description of an inner and outer circle around Watts indirectly supports the evidence of Lloyd Finter, the commissioner at the hospital across the street from the fraternity house. Mr. Finter testified that he saw a group of about 12 people surrounding Watts, and that four men were administering the beating. The majority of the Court of Appeal noted that Mr. Finter differed from the majority of the other witnesses who testified as to the number of attackers, but that Mr. Finter left his vantage point or turned away from the attacks on at least six separate occasions.

49 No less than 12 other Crown witnesses described a group comprised of some 7 to 10 men around Watts. Moreover, the actual number of men who struck Watts that night is immaterial to the appellant's conviction, based on s. 21(1) of the *Code*. Thus, even if it were to be assumed that

meilleur jour possible. Il admettait ce qui était évident. Parfois, la forme de la question posée entraînait une réponse non sollicitée, ce qui, à mes yeux, donnait de la crédibilité à Clayton. Lorsqu'on le ramenait à des déclarations antérieures dans lesquelles des questions avaient été posées à l'aide d'expressions comme «donner des coups de pied et des coups de poing», Clayton essayait d'établir soigneusement une distinction. Les réponses qu'il a données à des questions difficiles étaient raisonnables. Il était direct. . . .

Compte tenu de ces observations, il est irréaliste de penser que les contradictions mineures qui ressortent de la déclaration de Daye auraient eu pour effet de miner la crédibilité de Clayton. Tout simplement, elles ne rendent pas douteuse la déclaration de culpabilité de l'appellant.

Quant à l'alinéa (v), la thèse d'un seul groupe cohésif préconisée par le ministère public n'est importante que dans son application au groupe d'hommes qui ont commis des voies de fait contre John Charman et qui se sont ensuite tournés vers Watts. La déclaration de Daye selon laquelle deux groupes d'hommes ont quitté les lieux ne contredit aucunement cette thèse. Cette contradiction ne laisse nullement entendre que la déclaration de culpabilité de l'appellant est douteuse.

Enfin, la description que Daye a donné des cercles intérieur et extérieur formés autour de Watts étaye indirectement le témoignage de Lloyd Finter, le commissionnaire de l'hôpital situé de l'autre côté de la rue, en face de la maison de la confrérie. Monsieur Finter a témoigné qu'il avait vu un groupe d'environ 12 personnes entourer Watts et que quatre hommes étaient en train de donner la raclée. La Cour d'appel a noté, à la majorité, que le témoignage de M. Finter différait de celui de la majorité des autres personnes qui ont témoigné quant au nombre d'agresseurs, mais que M. Finter avait quitté son point d'observation ou tourné le dos aux attaques à au moins six reprises.

Pas moins de 12 autres témoins à charge ont parlé d'un groupe composé d'environ 7 à 10 hommes qui entouraient Watts. De plus, le nombre réel d'hommes qui ont frappé Watts ce soir-là n'est pas pertinent relativement à la déclaration de culpabilité de l'appellant, fondée sur le par. 21(1) du

Daye's description of an inner circle of some undefined number of men around Darren Watts could affect the trial judge's conclusion based on Clayton's identification testimony that the appellant was one of the men who actually struck Darren Watts, this still would have no impact on the trial judge's conclusion that the appellant aided or abetted the assault on Watts. It is thus clear that there is no reasonable possibility that these statements affect the reliability of the result reached at trial, particularly since the appellant was convicted as both a principal and a party to the assault on Darren Watts.

(d) *Fairness of the Trial Process*

Though both Daye's and Tynes's statements, on their face, have little, if any, impact on the reliability of the result reached at trial, the appellant would nevertheless be entitled to a new trial if he were to show that the failure to disclose these statements affected the overall fairness of the trial process. This would be the result if the Crown's failure to disclose deprived the defence of opportunities to pursue additional lines of inquiry with witnesses or garner additional evidence flowing from the undisclosed material. In the circumstances of this case, the fairness of the trial process was not affected by the Crown's failure to disclose. A significant factor in reaching this conclusion is defence counsel's lack of due diligence in pursuing disclosure.

In order to place the Crown's failure to disclose in the proper context, it is necessary to review the disclosure process followed in this case. First, prior to the preliminary inquiry, the Crown provided counsel with a transcript of the videotaped deposition of Danny Clayton. The following passage is included in this statement:

Code. Ainsi, même si on devait présumer que la description que Daye a donnée d'un cercle intérieur formé autour de Darren Watts par un nombre indéterminé d'hommes pourrait influencer sur la conclusion du juge du procès fondée sur le témoignage d'identification de Clayton, selon lequel l'appellant était l'un des hommes qui ont vraiment frappé Darren Watts, cela n'aurait encore aucune incidence sur la conclusion du juge du procès que l'appellant a aidé ou encouragé la perpétration des voies de fait contre Watts. Il est donc clair qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que ces déclarations influent sur le bien-fondé du résultat atteint au procès, étant donné particulièrement que l'appellant a été reconnu coupable à la fois à titre d'auteur principal des voies de fait contre Darren Watts et à titre de participant à ces voies de fait.

d) *L'équité du procès*

Même si, à première vue, les déclarations de Daye et de Tynes ne peuvent avoir que peu d'incidence sur le bien-fondé du résultat atteint au procès, l'appellant aurait néanmoins droit à un nouveau procès s'il démontrait que l'omission de divulguer ces déclarations a nui à l'équité globale du procès. Ce serait le cas si l'omission de divulguer du ministère public avait privé la défense de la possibilité de poser d'autres questions aux témoins ou de recueillir d'autres éléments de preuve découlant des documents non communiqués. Dans les circonstances de la présente affaire, l'omission de divulguer du ministère public n'a pas nui à l'équité du procès. Un facteur important qui a été pris en considération pour tirer cette conclusion est le manque de diligence raisonnable dont l'avocat de la défense a fait preuve en tentant d'obtenir la divulgation.

Pour situer dans le contexte approprié l'omission de divulguer du ministère public, il est nécessaire d'examiner le processus de divulgation suivi en l'espèce. Premièrement, avant l'enquête préliminaire, le ministère public a fourni aux avocats une transcription de la déposition sur vidéocassette de Danny Clayton. Le passage suivant figure dans cette déclaration:

50

51

Q. Could Terrance Tynes, Terrence Day [sic], Nathaniel Robart and Michael Barton see the beating taking place on Darren Watts?

A. Most likely, yeah. Most likely, yeah.

Q. Do you recall where they were standing when Mr. Watts was being beaten?

A. I really can't recall where they were standing though, but I know they were on the corner.

Q. They were right there?

A. Um.

Q. Were they there all — were they present also when the other frat guys were beaten?

A. Yeah.

Q. Were they? Okay. . . . [Emphasis added.]

Moreover, as Bateman J.A. noted in the Court of Appeal (at p. 137):

There is no suggestion that defence counsel were unaware, well in advance of trial, that Terris Daye was a possible eyewitness to all or some of the events that evening. He was clearly shown as such by the police material provided to the defence; Guy Robart, in his statement to the police, identified Terris Daye as one of the people who was kicking Darren Watts; counsel for at least one of the accused cross-examined the key Crown witness, Danny Clayton, about Terris Daye's role in the assault; Mr. Daye's name arises more than 20 times in the evidence of the proceedings.

52

Indeed, on direct examination, Clayton testified that he attended the party with Tynes and Daye and left with them after the assaults took place. Counsel for the accused Guy Robart, on cross-examination, specifically asked Clayton about Daye's and Tynes's involvement in the assaults. In addition, in his own statement to the police, the appellant stated five times that he was with Tynes at the fraternity party, and that Tynes came out of the house with him when he followed Terrence Dixon and Shannon Burke onto the street. Clearly, defence counsel was well aware that both Daye and Tynes took some part in the events outside the fraternity

[TRADUCTION]

Q. Terrance Tynes, Terrence Day (sic), Nathaniel Robart et Michael Barton pouvaient-ils voir Darren Watts subir une raclée?

R. Fort probablement, ouais. Fort probablement, ouais.

Q. Vous rappelez-vous où ils se tenaient pendant que M. Watts était battu?

R. Je ne peux vraiment pas me rappeler où ils se trouvaient, mais je sais qu'ils étaient au coin.

Q. C'est là qu'ils étaient?

R. Hum.

Q. Étaient-ils tous là — étaient-ils présents également au moment où les autres gars de la confrérie étaient battus?

R. Ouais.

Q. Ils y étaient? D'accord. . . [Je souligne.]

En outre, le juge Bateman a fait remarquer en Cour d'appel (à la p. 137):

[TRADUCTION] Rien ne laisse supposer que les avocats de la défense ne savaient pas, bien avant le procès, que Terris Daye pouvait être un témoin oculaire de la totalité ou d'une partie des événements survenus ce soir-là. Il était nettement décrit comme tel dans les documents de la police fournis à la défense; dans sa déclaration à la police, Guy Robart a identifié Terris Daye comme étant l'un de ceux qui donnaient des coups de pied à Darren Watts; l'avocat d'au moins un des accusés a contre-interrogé le principal témoin à charge, Danny Clayton, au sujet du rôle de Terris Daye dans les voies de fait commises; le nom de M. Daye revient plus de 20 fois dans la preuve en l'espèce.

En réalité, lors de son interrogatoire principal, Clayton a témoigné avoir assisté à la fête en compagnie de Tynes et Daye, et être parti avec eux après que les voies de fait eurent été commises. L'avocat de l'accusé Guy Robart a expressément contre-interrogé Clayton au sujet de la participation de Daye et de Tynes aux voies de fait. De plus, dans sa propre déclaration à la police, l'appellant a mentionné à cinq reprises qu'il était avec Tynes à la fête de la confrérie et que Tynes est sorti de la maison avec lui quand il a suivi Terrence Dixon et Shannon Burke dans la rue. De toute évidence, l'avocat de la défense était bien au courant que

house that evening, and knew that they might have witnessed the assaults.

In light of this background, it is surprising that when he became aware of the Crown's non-disclosure of Daye's and Tynes's statements, defence counsel did not request them. Instead, defence counsel maintains he had no interest in receiving the police statements of named eyewitnesses, including the man who accompanied the appellant into the fray outside the fraternity house. This position assumes even greater significance in light of the summary of the statements included in the police occurrence reports. The material parts of the summary of Daye's statement read as follows:

After being given young offender caution and explained [*sic*] in detail, it was decided by Terris Daye that he would give a statement. He places himself and the other players at the Frat party, 1770 Robie Street he cannot describe the clothing being worn by others that night. He states he seen [*sic*] four white guys walking south on Robie Street following Terry Dixon and Shannon Burke who were arguing. He reviewed the four pictures of the victims and identified John Charman as the first guy who got hit and went down. He stated Damon Cole punched him first and Spencer Dixon kicked him when he was down, because that's what Spencer likes to do. He points out Dennis MacDonald as the second man being punched and he states Spencer Dixon did the punch and the kicking. Then he was unable to ID Robert Gillis' photo, but he knew Darren Watts' face from seeing it in the news. But he couldn't ID Watts as the man getting the beating that night. As it turns out Darren Watts was a friend of his brother Troy Daye.

Terris Daye after some questioning places himself on the outer circle surrounding Darren Watts. It is quite clear that he does not want to ID the key players as he is scared of them. Terris Daye places Cyril Smith, Danny Clayton, Terrance Tynes running west on Cedar Street after Guy Robart screams police. When questioned about the assault on the police officer he described that

Daye et Tynes avaient tous deux joué un rôle dans les événements survenus à l'extérieur de la maison de la confrérie ce soir-là, et il savait qu'ils pouvaient avoir été témoins des voies de fait.

Compte tenu de ces faits, il est étonnant que l'avocat de la défense n'ait pas demandé les déclarations de Daye et Tynes, lorsqu'il a pris connaissance de l'omission du ministère public de les divulguer. Il maintient plutôt qu'il n'avait pas intérêt à recevoir les déclarations faites à la police par des témoins oculaires nommément désignés, dont l'homme qui accompagnait l'appelant dans la bagarre survenue à l'extérieur de la maison de la confrérie. Ce point de vue revêt encore plus d'importance à la lumière du résumé des déclarations figurant dans les rapports de police. Les passages pertinents du résumé de la déclaration de Daye se lisent ainsi:

[TRADUCTION] Après avoir reçu la mise en garde destinée aux jeunes contrevenants et des explications détaillées, Terris Daye décide de faire une déclaration. Il dit que lui et les autres intervenants se trouvaient à la fête de la confrérie, au 1770, rue Robie; il ne peut pas décrire les vêtements portés par les autres ce soir-là. Il déclare avoir vu quatre blancs marcher en direction sud dans la rue Robie, derrière Terry Dixon et Shannon Burke qui se querellaient. Il a examiné les quatre photos des victimes et a identifié John Charman comme étant le premier gars à avoir été frappé et à s'être affaissé. Il a déclaré que Damon Cole lui a d'abord donné des coups de poing et que Spencer Dixon lui a donné des coups de pied lorsqu'il était par terre, parce que c'est ce que Spencer aime faire. Il désigne Dennis MacDonald comme étant le deuxième homme à recevoir des coups de poing et il déclare que c'est Spencer Dixon qui a donné les coups de poing et les coups de pied. Puis, il n'a pas pu identifier la photo de Robert Gillis, mais il connaissait le visage de Darren Watts parce qu'il l'avait vu au bulletin d'informations. Mais il ne pouvait pas identifier Watts comme étant l'homme qui avait reçu la raclée ce soir-là. Il s'est avéré que Darren Watts était un ami de son frère Troy Daye.

Après quelques questions, Terris Daye dit qu'il se trouvait dans le cercle extérieur formé autour de Darren Watts. Il est tout à fait évident qu'il ne veut pas identifier les principaux intervenants, car il les craint. Terris Daye affirme que Cyril Smith, Danny Clayton, Terrance Tynes couraient en direction ouest dans la rue Cedar après que Guy Robart eut crié «Police». Interrogé au

Guy and Nathaniel Robart ran in the same direction and were chased by the policeman. He described the police car as a burgundy shadow. . . . The writers were unable to get Daye to name any of the persons in the inner circle around Darren Watts. The mother seems to know more and if interviewed away from her son might give some useful information.

The occurrence reports were given to all defence counsel during the trial some days before Clayton testified.

54

In light of the damaging information about the appellant disclosed in the summary, it is not difficult to imagine that defence counsel might have made a tactical decision not to pursue disclosure. Nevertheless, defence counsel maintains in his affidavit filed with the Court of Appeal that he did not see anything in the summary that would help the accused in making full answer and defence and that “the reason [he] did not pursue the matter further is that [he] was confident at the time of trial, after having gone through the preliminary, that all relevant information was disclosed to the defence”.

55

It must be remembered that defence counsel is not entitled to assume at any point that all relevant information has been disclosed to the defence. Just as the Crown’s disclosure obligations are ongoing, and persist throughout the trial process, so too does defence counsel’s obligation to be duly diligent in pursuing disclosure. To do nothing in the face of knowledge that relevant information has not been disclosed will, at a minimum, often justify a finding of lack of due diligence, and may, in certain circumstances, support an inference that counsel made a strategic decision not to pursue disclosure. In this case, the summary in the occurrence report indicates that Daye’s statement would very likely meet the test for relevance set out in *Stinchcombe*. When defence counsel reviewed the occurrence report, he knew or should have known that the Crown had failed in its disclosure obligations. When this became apparent, defence counsel should have brought this matter to the attention of

sujet des voies de fait contre le policier, il a dit que Guy et Nathaniel Robart couraient dans la même direction et étaient poursuivis par le policier. Il a affirmé que la voiture de police était de couleur bourgogne. [...] Les rédacteurs n’ont pas pu obtenir de Daye qu’il nomme l’une ou l’autre des personnes qui formaient le cercle intérieur autour de Darren Watts. La mère semble en savoir plus et, si elle était interrogée en l’absence de son fils, elle pourrait peut-être donner des renseignements utiles .

Les rapports de police ont été remis à tous les avocats de la défense durant le procès, quelques jours avant le témoignage de Clayton.

Compte tenu des renseignements préjudiciables divulgués au sujet de l’appelant dans le résumé, il n’est pas difficile d’imaginer que l’avocat de la défense ait pu prendre une décision tactique de ne pas tenter d’obtenir la divulgation. Néanmoins, l’avocat de la défense maintient, dans son affidavit déposé en Cour d’appel, qu’il ne voyait rien dans le résumé qui aiderait l’accusé à présenter une défense pleine et entière et que [TRADUCTION] «la raison pour laquelle [il] n’a pas donné suite davantage à l’affaire est qu’[il] était persuadé au moment du procès, après le déroulement de l’enquête préliminaire, que tous les renseignements pertinents avaient été divulgués à la défense».

Il faut se rappeler que l’avocat de la défense n’a, en aucun temps, le droit de supposer que tous les renseignements pertinents ont été divulgués à la défense. Tout comme l’obligation de divulguer du ministère public est constante, et continue d’exister durant tout le procès; il en est de même de l’obligation de l’avocat de la défense de faire preuve de diligence raisonnable en tentant d’obtenir la divulgation. Si l’avocat de la défense ne fait rien lorsqu’il sait que des renseignements pertinents n’ont pas été divulgués, cela justifiera souvent, à tout le moins, une conclusion à un manque de diligence raisonnable et pourra, dans certains cas, justifier une déduction que l’avocat a pris une décision stratégique de ne pas tenter d’obtenir la divulgation. En l’espèce, le résumé contenu dans le rapport de police indique que la déclaration de Daye satisferait fort probablement au critère de pertinence énoncé dans l’arrêt *Stinchcombe*. Lorsque l’avocat de la défense a examiné le rapport de

the trial judge at the earliest opportunity. In the circumstances of this case, the Court of Appeal was right to conclude that at this point, defence counsel was faced with a choice: “call for the statements or live without them” (p. 93).

When he was aware or should have been aware of the Crown’s failure to disclose Tynes’s statement, defence counsel was obliged to take appropriate steps. He failed to do so and thereby failed to exercise due diligence in pursuing disclosure. The appellant is in no position to argue that he lost an opportunity to garner evidence flowing from Tynes’s statement, since the failure to disclose it is to a significant extent attributable to defence counsel’s inaction. Similarly, the appellant cannot now complain that Daye’s statement was not disclosed. Indeed, his position is even less compelling in relation to this statement. The summary in the occurrence report, which was disclosed, refers to Daye’s description of an inner and outer circle around Watts. When the summary was disclosed, before Clayton testified, counsel could have requested disclosure, sought an adjournment, and would then have had sufficient opportunity to investigate this aspect of Daye’s statement. The summary also indicates a contradiction between Daye and Clayton as to who assaulted John Charman. Once again, counsel had the opportunity to pursue this apparent contradiction. The appellant cannot now claim the trial process was rendered unfair by virtue of the Crown’s failure to disclose.

IV. Disposition

I would dismiss the appeal.

police, il savait ou aurait dû savoir que le ministère public avait manqué à ses obligations en matière de divulgation. Lorsque cela est devenu évident, l’avocat de la défense aurait dû porter cette affaire à l’attention du juge du procès à la toute première occasion. Dans les circonstances de la présente affaire, la Cour d’appel a eu raison de conclure qu’à ce moment-là l’avocat de la défense devait faire un choix: [TRADUCTION] «demander les déclarations ou s’en passer» (p. 93).

Lorsqu’il s’est rendu compte ou aurait dû se rendre compte de l’omission du ministère public de divulguer la déclaration de Tynes, l’avocat de la défense était tenu de prendre les mesures appropriées. Il ne l’a pas fait et n’a donc pas fait preuve de diligence raisonnable en tentant d’obtenir la divulgation. L’appellant n’est pas en mesure de soutenir qu’il a perdu une possibilité de recueillir des éléments de preuve découlant de la déclaration de Tynes, puisque l’omission de la divulguer est en grande partie attribuable à l’inaction de l’avocat de la défense. De même, l’appellant ne peut pas maintenant se plaindre du fait que la déclaration de Daye n’a pas été divulguée. En réalité, le point de vue qu’il avance s’impose encore moins relativement à cette déclaration. Le résumé contenu dans le rapport de police, qui a été divulgué, mentionne la description que Daye a donnée des cercles intérieur et extérieur formés autour de Watts. Lorsque le résumé a été divulgué, avant le témoignage de Clayton, l’avocat aurait pu demander la divulgation et solliciter un ajournement, et il aurait eu alors une possibilité suffisante d’enquêter sur cet aspect de la déclaration de Daye. Le résumé révèle également une contradiction entre Daye et Clayton quant à l’identité de ceux qui ont commis des voies de fait contre John Charman. Encore là, l’avocat avait la possibilité d’exploiter cette contradiction apparente. L’appellant ne peut pas prétendre maintenant que l’omission de divulguer du ministère public a rendu le procès inéquitable.

IV. Dispositif

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Scaravelli & Associates, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Nova Scotia Public Prosecution Service, Halifax.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Scaravelli & Associates, Halifax.

Procureur de l'intimée: The Nova Scotia Public Prosecution Service, Halifax.

Guy Leaman Robert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ROBERT

File No.: 25832.

1997: December 5; 1998: February 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Duty to disclose — Accused convicted of aggravated assault — Crown not disclosing statements made by four individuals — Summary of statements included in police reports provided to defence counsel at trial — Appropriate test for determining whether Crown's inadvertent failure to disclose relevant material violated accused's right to disclosure — If right to disclosure violated, appropriate test for determining whether constitutional right to make full answer and defence impaired — Effect to be given to defence counsel's lack of due diligence.

The factual background and the issues arising from the accused's conviction of the aggravated assault of Watts were set out in *R. v. Dixon*. One distinction was that the fourth of the undisclosed statements (Daye's) did not make the same disparaging remarks about the accused as it made about Dixon.

Held: The appeal should be dismissed.

R. v. Dixon set out the principles applicable to situations involving the Crown's duty to disclose relevant material and an accused's right to make full answer and defence.

The analysis set out in *Dixon* was applicable in the same manner here. Nothing in the fourth statement (Daye's) would affect the reliability of the accused's conviction differently from that of Dixon. The Crown's failure to disclose did not affect the fairness of the trial process because the trial defence was well aware of

Guy Leaman Robert *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ROBERT

N° du greffe: 25832.

1997: 5 décembre; 1998: 19 février.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Obligation de divulguer — Accusé déclaré coupable de voies de fait graves — Omission du ministère public de divulguer les déclarations de quatre personnes — Résumé des déclarations contenu dans les rapports de police remis à l'avocat de la défense au procès — Critère à utiliser pour déterminer si l'omission par inadvertance du ministère public de communiquer des documents pertinents a violé le droit de l'accusé à la divulgation — En cas de violation du droit à la divulgation, critère à utiliser pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par la Constitution — Importance à accorder au manque de diligence raisonnable d'un avocat de la défense.

Les faits à l'origine du pourvoi et les questions soulevées par la déclaration de culpabilité de l'accusé relativement aux voies de fait graves dont Watts a été victime sont exposés dans *R. c. Dixon*. Une différence résidait dans le fait que la quatrième déclaration non divulguée (celle de Daye) ne comportait pas, au sujet de l'accusé, les mêmes remarques désobligeantes qu'au sujet de Dixon.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'arrêt *R. c. Dixon* énonce les principes applicables aux cas où il est question de l'obligation du ministère public de communiquer des documents pertinents et du droit d'un accusé à une défense pleine et entière.

L'analyse exposée dans *Dixon* s'applique de la même manière en l'espèce. Il n'y a rien dans la quatrième déclaration (celle de Daye) qui aurait, sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité de l'accusé, une incidence différente de celle qu'elle a eue dans le cas de Dixon. L'omission de divulguer du ministère public n'a

Daye's being a possible witness. Trial counsel failed to exercise due diligence because, even though he knew this clearly relevant statement had not been disclosed, he assumed he already had all the relevant material.

Cases Cited

Followed: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1997), 157 N.S.R. (2d) 15, 462 A.P.R. 15, [1997] N.S.J. No. 21 (QL) (*sub nom. R. v. McQuaid (Robart Appeal)*), dismissing the accused's appeal from his conviction for aggravated assault (1996), 148 N.S.R. (2d) 321 (*sub nom. R. v. McQuaid*), 429 A.P.R. 321, [1996] N.S.J. No. 81 (QL). Appeal dismissed.

Joel E. Pink, Q.C., for the appellant.

Kenneth W. F. Fiske, Q.C., and *Richard B. Miller*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 CORY J. — This appeal was heard on the same day as *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244. It arises out of the same factual circumstances as the *Dixon* appeal and similar issues are raised. These reasons will address only those points unique to this appeal.

I. Factual Background

2 The factual background of this appeal is set out in *Dixon, supra*.

II. Decisions Below

A. *Nova Scotia Supreme Court* (1996), 148 N.S.R. (2d) 321

3 Saunders J., for reasons set out in *Dixon, supra*, convicted the appellant of the aggravated assault of Darren Watts.

pas nui à l'équité du procès parce que l'avocat de la défense savait bien que Daye pouvait être un témoin. L'avocat de l'accusé au procès n'a pas fait preuve de diligence raisonnable parce que, même s'il savait que cette déclaration nettement pertinente n'avait pas été divulguée, il a présumé qu'il disposait déjà de toute la documentation pertinente.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1997), 157 N.S.R. (2d) 15, 462 A.P.R. 15, [1997] N.S.J. No. 21 (QL) (*sub nom. R. c. McQuaid (Robart Appeal)*), qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de voies de fait graves (1996), 148 N.S.R. (2d) 321 (*sub nom. R. c. McQuaid*), 429 A.P.R. 321, [1996] N.S.J. No. 81 (QL). Pourvoi rejeté.

Joel E. Pink, c.r., pour l'appellant.

Kenneth W. F. Fiske, c.r., et *Richard B. Miller*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi a été entendu le même jour que l'affaire *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244. Il découle des mêmes faits et soulève des questions similaires. Les motifs, en l'espèce, ne porteront que sur les points qui sont propres au présent pourvoi.

I. Les faits

Les faits à l'origine du présent pourvoi sont exposés dans *Dixon*, précité.

II. Les juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (1996), 148 N.S.R. (2d) 321

Le juge Saunders a, pour les motifs exposés dans *Dixon*, précité, déclaré l'appellant coupable des voies de fait graves dont a été victime Darren Watts.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (1997), 157 N.S.R. (2d) 15

Flinn J.A. (Chipman J.A. concurring) found there was nothing in the Daye statement that would have assisted the appellant in advancing a defence. He held that the statement could not have been of assistance in challenging the credibility of Danny Clayton, the principal identification witness for the Crown. Flinn J.A. concluded that the appellant had not discharged the onus of showing an impairment of his right to make full answer and defence.

In relation to the issue of due diligence of counsel, Flinn J.A. further held that where defence counsel knows that a witness statement exists which has not been disclosed, and chooses to do nothing to pursue disclosure, there is a risk that the court will not be receptive to a later complaint that the Crown failed to deliver a copy of the statement.

Flinn J.A. noted that the police occurrence report which contained a summary of Daye's statement was disclosed in time for defence counsel to seek production and an adjournment. This was a remedy which the trial judge could have readily provided. Even though several Crown witnesses had already testified when the summary was disclosed, their testimony went only to the background. Counsel for the appellant conceded at the Court of Appeal that no evidence directly relating to culpability had yet been presented. Flinn J.A. observed that as an officer of the court, defence counsel was under an obligation to raise the issue of the failure to disclose the statement prior to the examination of Danny Clayton. He further noted that in a supplementary affidavit filed to address concerns that the Court of Appeal had raised at the hearing, trial counsel for the appellant failed to offer any explanation for his interest in the statement after conviction. Flinn J.A. concluded that the actions or inaction of the appellant's trial counsel were tantamount to a tactical decision not to pursue disclosure of Daye's statement, and that as a result, he was not receptive to the appellant's position. In reaching his decision he also took into

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (1997), 157 N.S.R. (2d) 15

Le juge Flinn (avec l'appui du juge Chipman) a conclu que rien dans la déclaration de Daye n'aurait aidé l'appelant à se défendre. Il a statué que cette déclaration n'aurait pas pu être utile pour attaquer la crédibilité de Danny Clayton, le principal témoin à charge en matière d'identification. Le juge Flinn a décidé que l'appelant ne s'était pas acquitté de l'obligation d'établir l'existence d'une atteinte à son droit à une défense pleine et entière.

En ce qui concerne la question de la diligence raisonnable de l'avocat, le juge Flinn a conclu en outre que, lorsque l'avocat de la défense connaît l'existence d'une déclaration non divulguée d'un témoin et qu'il choisit de ne pas tenter d'en obtenir la divulgation, il y a un risque que la cour ne soit pas réceptive à une plainte ultérieure dans laquelle on reprocherait au ministère public de ne pas avoir remis une copie de cette déclaration.

Le juge Flinn a souligné que le rapport de police contenant un résumé de la déclaration de Daye a été divulgué suffisamment à temps pour que l'avocat de la défense puisse demander la production de cette déclaration et un ajournement. Il s'agissait là d'une réparation que le juge du procès aurait pu aisément accorder. Même si plusieurs témoins à charge avaient déjà témoigné lorsque le résumé a été divulgué, leurs témoignages ne portaient que sur le contexte de l'affaire. L'avocat de l'appelant a reconnu, en cour d'appel, qu'aucune preuve concernant directement la culpabilité n'avait encore été présentée. Le juge Flinn a fait observer que, en sa qualité d'officier de justice, l'avocat de la défense n'était pas tenu de soulever la question de l'omission de divulguer la déclaration avant l'interrogatoire de Danny Clayton. Il a également fait remarquer que, dans un affidavit supplémentaire déposé en vue de répondre aux préoccupations que la Cour d'appel avait exprimées à l'audience, l'avocat de l'appelant au procès n'a pas expliqué pourquoi il s'intéressait à la déclaration après la condamnation. Le juge Flinn a décidé que les actions ou l'inaction de l'avocat de l'appelant au procès représentaient une décision tactique de ne

4

5

6

account his opinion that Daye's statement was not material and that the Crown's failure to disclose Daye's statement had not impaired the appellant's right to make full answer and defence. The appeal was therefore dismissed by the majority.

7 Bateman J.A. dissented for the same reasons set out in *R. v. Dixon (S.)* (1997), 156 N.S.R. (2d) 81. She would have ordered a new trial for the appellant in relation to the assault on Darren Watts.

III. Analysis

8 The principles applicable to situations involving the Crown's duty to disclose relevant material and an accused's right to make full answer and defence are set out in this Court's judgment in *Dixon, supra*. It remains only to apply those principles to this appeal, which is based on the failure to disclose Daye's statement only.

Application to this Appeal

9 The analysis set out in this Court's judgment in *Dixon, supra*, is applicable in the same manner to Robart. The statement of Terris Daye is reviewed in some detail in those reasons. It should be noted that Daye does not make the same disparaging remarks about Robart that he did about Dixon. However, apart from that, there is no significant difference with regard to the materiality of the statement in its application to Robart. There is nothing in this statement which would in any way affect the reliability of Robart's conviction differently from that of Dixon.

10 In relation to determining whether the Crown's failure to disclose affected the fairness of the trial process, it will be remembered that the Crown provided all defence counsel with a transcript of the videotaped deposition of Danny Clayton, in which Clayton names Daye as a likely eyewitness. Thus

pas tenter d'obtenir la divulgation de la déclaration de Daye, et que, par conséquent, il ne serait pas réceptif au point de vue de l'appelant. En rendant sa décision, il a aussi tenu compte de son avis que la déclaration de Daye n'était pas pertinente et que l'omission du ministère public de la divulguer n'avait pas porté atteinte au droit de l'appelant à une défense pleine et entière. Les juges majoritaires ont donc rejeté l'appel.

Le juge Bateman était dissidente pour les mêmes raisons que celles exposées dans *R. c. Dixon (S.)* (1997), 156 N.S.R. (2d) 81. Elle aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès de l'appelant à l'égard des voies de fait contre Darren Watts.

III. Analyse

Les principes applicables aux cas où il est question de l'obligation du ministère public de communiquer des documents pertinents et du droit d'un accusé à une défense pleine et entière sont énoncés dans l'arrêt *Dixon*, précité, de notre Cour. Il ne reste qu'à les appliquer au présent pourvoi, qui repose uniquement sur l'omission de divulguer la déclaration de Daye.

Application au présent pourvoi

L'analyse exposée dans l'arrêt *Dixon*, précité, de notre Cour s'applique de la même manière à Robart. La déclaration de Terris Daye est examinée en détail dans ces motifs. Il y a lieu de noter que Daye ne fait pas, au sujet de Robart, les mêmes remarques désobligeantes qu'il a faites au sujet de Dixon. À part cela, toutefois, il n'y a pas de différence importante en ce qui concerne la pertinence de la déclaration relativement à Robart. Il n'y a rien dans cette déclaration qui aurait, sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité de Robart, une incidence différente de celle qu'elle a eue dans le cas de Dixon.

Pour ce qui est de déterminer si l'omission de divulguer du ministère public a nui à l'équité du procès, on se souviendra que celui-ci a fourni à tous les avocats de la défense une transcription de la déposition sur vidéocassette de Danny Clayton, dans laquelle Clayton désigne Daye comme étant

well before trial defence counsel was well aware that Daye was a possible witness.

Indeed, Clayton testified that he attended the party with both Tynes and Daye and left with them after the assaults took place. Significantly, trial counsel for the appellant, on cross-examination, specifically asked Clayton about Daye's and Tynes's involvement in the assaults:

- Q. [Guy Robart] was just a guy from the street?
- A. From the neighbourhood, yeah.
- Q. Just a guy from the neighbourhood. And many of the other people who were there that night who were more your age, were your friends, isn't that correct?
- A. Yes.
- Q. People like Terris Daye, right?
- A. Yeah.
- Q. Terrance Tynes?
- A. Yes.
- Q. And nowhere in your evidence right to this day have you ever suggested that any of them had any involvement in this.
- A. Ah. hmmm . . .
- Q. Isn't that correct?
- A. Correct.

The appellant himself named Daye as one of the men who were kicking and punching one of the victims that night. It was conceded that trial counsel for the appellant was well aware Daye might have witnessed the assaults. Clearly, he knew that Daye played a role in the events outside the fraternity house that evening. In light of this knowledge, trial counsel for the appellant failed to exercise due diligence. He knew Daye's statement had not been disclosed, but assumed he already had all relevant material in his possession. Yet, the summary of Daye's statement disclosed in the police occurrence report clearly reveals the statement's rele-

probablement un témoin oculaire. Ainsi, l'avocat de la défense savait, bien avant le procès, que Daye pouvait être un témoin.

En fait, Clayton a témoigné avoir assisté à la fête en compagnie de Tynes et Daye, et être parti avec eux après que les voies de fait eurent été commises. Fait révélateur, l'avocat de l'appelant au procès a expressément contre-interrogé Clayton au sujet de la participation de Daye et de Tynes aux voies de fait:

[TRADUCTION]

- Q. [Guy Robart] n'était qu'un gars de la rue?
- R. Des environs, ouais.
- Q. Juste un gars des environs. Et bien d'autres personnes qui se trouvaient là le soir en question, qui étaient plus de votre âge, étaient vos amis, n'est-ce pas?
- R. Oui.
- Q. Des gens comme Terris Daye, n'est-ce pas?
- R. Ouais.
- Q. Terrance Tynes?
- R. Oui.
- Q. Et nulle part dans votre témoignage jusqu'à maintenant n'avez-vous jamais laissé entendre que l'un ou l'autre de ces gens avait participé de quelque manière à tout cela.
- R. Euh, hum . . .
- Q. C'est exact?
- R. Exact.

L'appelant lui-même a désigné Daye comme étant l'un des hommes qui avaient donné des coups de pied et des coups de poing à l'une des victimes ce soir-là. Il a été reconnu que l'avocat de l'appelant au procès savait bien que Daye pouvait avoir été témoin des voies de fait. Il est clair qu'il était au courant que Daye avait joué un rôle dans les événements survenus à l'extérieur de la maison de la confrérie ce soir-là. Compte tenu de cette connaissance qu'il avait, l'avocat de l'appelant au procès n'a pas fait preuve de diligence raisonnable. Il savait que la déclaration de Daye n'avait pas été divulguée, mais a présumé qu'il avait déjà en sa

vance. Thus, for the reasons set out in *Dixon*, *supra*, it cannot realistically be said that the failure to produce the statement affected the fairness of the trial process.

IV. Disposition

¹³ It is apparent that there is nothing which distinguishes this appeal from that of *Dixon*. For the reasons given in that case the appeal must be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Pink Murray Graham, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Nova Scotia Public Prosecution Service, Halifax.

possession toute la documentation pertinente. Pourtant, la pertinence de la déclaration de Daye ressort nettement du résumé qui en est fait dans le rapport de police. Ainsi, pour les motifs exposés dans *Dixon*, précité, il est irréaliste d'affirmer que l'omission de produire la déclaration a nui à l'équité du procès.

IV. Dispositif

Il est évident que rien ne distingue le présent pourvoi de celui de *Dixon*. Pour les motifs exposés dans cette affaire, le pourvoi doit être rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Pink Murray Graham, Halifax.

Procureur de l'intimée: The Nova Scotia Public Prosecution Service, Halifax.

Herman McQuaid *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MCQUAID

File No.: 25833.

1997: December 5; 1998: February 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Duty to disclose — Accused convicted of aggravated assaults — Crown not disclosing statements made by four individuals — Summary of statements included in police reports provided to defence counsel at trial — Appropriate test for determining whether Crown's inadvertent failure to disclose relevant material violated accused's right to disclosure — If right to disclosure violated, appropriate test for determining whether constitutional right to make full answer and defence impaired — Effect to be given to defence counsel's lack of due diligence.

The accused was convicted of the aggravated assaults of Watts and Charman. This appeal, however, arose only in relation to the assault on Watts and the factual background and issues were set out in *R. v. Dixon*. One distinction was that the fourth of the undisclosed statements (Daye's) did not make the same disparaging remarks about the accused as it made about Dixon.

Held: The appeal should be dismissed.

R. v. Dixon set out the principles applicable to situations involving the Crown's duty to disclose relevant material and an accused's right to make full answer and defence.

The materiality of the third (Tynes') and fourth (Daye's) statements was very low. Nothing in them would in any way affect the reliability of the conviction. Defence counsel was well aware that Tynes and Daye played a role in the events outside the fraternity house

Herman McQuaid *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MCQUAID

N° du greffe: 25833.

1997: 5 décembre; 1998: 19 février.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Obligation de divulguer — Accusé déclaré coupable de voies de fait graves — Omission du ministère public de divulguer les déclarations de quatre personnes — Résumé des déclarations contenu dans les rapports de police remis à l'avocat de la défense au procès — Critère à utiliser pour déterminer si l'omission par inadvertance du ministère public de communiquer des documents pertinents a violé le droit de l'accusé à la divulgation — En cas de violation du droit à la divulgation, critère à utiliser pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par la Constitution — Importance à accorder au manque de diligence raisonnable d'un avocat de la défense.

L'accusé a été déclaré coupable des voies de fait graves dont Watts et Charman ont été victimes. Le présent pourvoi ne concerne toutefois que les voies de fait contre Watts. Les faits à l'origine du pourvoi et les questions qu'il soulève sont exposés dans *R. c. Dixon*. Une différence résidait dans le fait que la quatrième déclaration non divulguée (celle de Daye) ne comportait pas, au sujet de l'accusé, les mêmes remarques désobligeantes qu'au sujet de Dixon.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'arrêt *R. c. Dixon* énonce les principes applicables aux cas où il est question de l'obligation du ministère public de communiquer des documents pertinents et du droit d'un accusé à une défense pleine et entière.

Les troisième et quatrième déclarations (celles de Tynes et de Daye, respectivement) étaient très peu pertinentes. Il n'y a rien dans ces déclarations qui aurait une incidence sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité. L'avocat de la défense était bien au courant que

that evening and in the ensuing investigation, and knew that they might have witnessed the assaults. Trial counsel failed to exercise due diligence because he knew the statements had not been disclosed but assumed that he already had all relevant material in his possession. For the reasons set out in *Dixon*, it could not realistically be said that the failure to produce the statements affected the fairness of the trial process.

Tynes et Daye avaient joué un rôle dans les événements survenus à l'extérieur de la maison de la confrérie ce soir-là et dans l'enquête qui a suivi, et il savait qu'ils pouvaient avoir été témoins des voies de fait. L'avocat de l'accusé au procès n'a pas fait preuve de diligence raisonnable parce qu'il savait que les déclarations n'avaient pas été divulguées, mais a présumé qu'il avait déjà en sa possession toute la documentation pertinente. Pour les motifs exposés dans *Dixon*, il serait irréaliste d'affirmer que l'omission de produire les déclarations a nui à l'équité du procès.

Cases Cited

Followed: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1997), 158 N.S.R. (2d) 207, 466 A.P.R. 207, [1997] N.S.J. No. 23 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on two counts of aggravated assault (1996), 148 N.S.R. (2d) 321, 429 A.P.R. 321, [1996] N.S.J. No. 81 (QL). Appeal dismissed.

David J. Bright, Q.C., and Jeffrey S. Moors, for the appellants.

Kenneth W. F. Fiske, Q.C., and Richard B. Miller, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ CORY J. — This appeal was heard on the same day as *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244. It arises out of the same factual circumstances as the *Dixon* appeal and similar issues are raised. These reasons will address only those points unique to this appeal.

I. Factual Background

² The factual background of this appeal is set out in *Dixon, supra*.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1997), 158 N.S.R. (2d) 207, 466 A.P.R. 207, [1997] N.S.J. No. 23 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à deux chefs d'accusation de voies de fait graves (1996), 148 N.S.R. (2d) 321, 429 A.P.R. 321, [1996] N.S.J. No. 81 (QL). Pourvoi rejeté.

David J. Bright, c.r., et Jeffrey S. Moors, pour l'appelant.

Kenneth W. F. Fiske, c.r., et Richard B. Miller, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi a été entendu le même jour que l'affaire *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244. Il découle des mêmes faits et soulève des questions similaires. Les motifs, en l'espèce, ne porteront que sur les points qui sont propres au présent pourvoi.

I. Les faits

Les faits à l'origine du présent pourvoi sont exposés dans *Dixon*, précité.

II. Decisions Below

A. *Nova Scotia Supreme Court* (1996), 148 N.S.R. (2d) 321

Saunders J., for reasons set out in *Dixon, supra*, convicted the appellant of the aggravated assault of Darren Watts. He also convicted the appellant of the aggravated assault of John Charman. This appeal arises in relation to the assault on Watts only.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (1997), 158 N.S.R. (2d) 207

The majority of the Court of Appeal (Chipman J.A. (Flinn J.A. concurring)) stated that its reasons in this appeal were the same as those set out in its decision in *R. v. Dixon (S.)* (1997), 156 N.S.R. (2d) 81, except with regard to the due diligence of counsel.

On that issue Chipman J.A. held that once trial counsel for the appellant became aware of the existence of the missing statements during the course of trial, he was faced with a choice: “call for the statements or risk having to live without them” (p. 212). He found that counsel would only accept the summaries included in the occurrence report as an alternative to production of the statements if it had been decided not to pursue disclosure. Based on counsel’s lack of due diligence in the face of the Crown’s failure to disclose, and the conclusion in *R. v. Dixon (S.)*, *supra*, that the undisclosed information was of no weight, the majority dismissed the appeal from conviction.

Bateman J.A. dissented for the same reasons set out in *R. v. Dixon (S.)*, *supra*. She would have ordered a new trial for the appellant in relation to the assault on Darren Watts. However, she agreed with the majority that the appellant’s appeal from conviction in relation to the assault on John Charman should be dismissed, as the appellant had

II. Les juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (1996), 148 N.S.R. (2d) 321

Le juge Saunders a, pour les motifs exposés dans *Dixon*, précité, déclaré l’appelant coupable des voies de fait graves dont a été victime Darren Watts. Il a aussi déclaré l’appelant coupable des voies de fait graves dont a été victime John Charman. Le présent pourvoi ne concerne que les voies de fait contre Watts.

B. *Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse* (1997), 158 N.S.R. (2d) 207

La Cour d’appel à la majorité (le juge Chipman, avec l’appui du juge Flinn) a affirmé que ses motifs en l’espèce étaient les mêmes que ceux exposés dans son arrêt *R. c. Dixon (S.)* (1997), 156 N.S.R. (2d) 81, sauf en ce qui concerne la diligence raisonnable de l’avocat.

À ce propos, le juge Chipman a statué que dès que l’avocat de la défense a appris l’existence des déclarations manquantes pendant le procès, il devait faire un choix: [TRADUCTION] «demander les déclarations ou risquer d’avoir à s’en passer» (p. 212). Il a conclu que l’avocat ne pouvait avoir accepté les résumés contenus dans le rapport de police, au lieu de la production des déclarations en cause, que s’il avait décidé de ne pas tenter d’en obtenir la divulgation. Compte tenu du manque de diligence raisonnable de l’avocat face à l’omission de divulguer du ministère public, et de la conclusion tirée dans *R. c. Dixon (S.)*, précité, selon laquelle les renseignements non divulgués n’avaient aucune valeur probante, la cour à la majorité a rejeté l’appel interjeté contre la déclaration de culpabilité.

Le juge Bateman était dissidente pour les mêmes raisons que celles exposées dans *R. c. Dixon (S.)*, précité. Elle aurait ordonné la tenue d’un nouveau procès de l’appelant à l’égard des voies de fait contre Darren Watts. Toutefois, elle a convenu, avec les juges majoritaires, qu’il y avait lieu de rejeter l’appel de l’appelant contre sa déclara-

admitted to this assault in his own statement to police.

III. Analysis

7 The principles applicable to situations involving the Crown's duty to disclose relevant material and an accused's right to make full answer and defence are set out in this Court's judgment in *Dixon, supra*. It remains only to apply those principles to this appeal, which is based on the failure to disclose both the Daye and Tynes statements.

Application to this Appeal

8 The analysis set out in this Court's judgment in *Dixon, supra*, is applicable in the same manner to this appeal. The statements of Daye and Tynes are reviewed in some detail in those reasons. It should be noted that Daye does not make the same disparaging remarks about McQuaid that he did about Dixon; indeed, Daye makes no reference to the appellant at all. As such, the materiality of the statements in their application to McQuaid is very low. There is nothing in those statements which would in any way affect the reliability of McQuaid's conviction differently from that of Dixon.

9 In relation to determining whether the Crown's failure to disclose affected the fairness of the trial process, it will be remembered that the Crown provided all defence counsel with a transcript of the videotaped deposition of Danny Clayton, in which Daye and Tynes are named as likely eyewitnesses.

10 On direct examination, Clayton stated that he had attended the party with Tynes and Daye and left with them after the assaults took place. Counsel for the accused Guy Robart, on cross-examination, specifically asked Clayton about Daye's and Tynes's involvement in the assaults. Counsel for Stacey Skinner also cross-examined Clayton as to whether he believed Daye and Tynes

ration de culpabilité relative aux voies de fait contre John Charman, étant donné que l'appelant avait reconnu avoir commis ces voies de fait dans sa propre déclaration à la police.

III. Analyse

Les principes applicables aux cas où il est question de l'obligation du ministère public de communiquer des documents pertinents et du droit d'un accusé à une défense pleine et entière sont énoncés dans l'arrêt *Dixon*, précité, de notre Cour. Il ne reste qu'à les appliquer au présent pourvoi, qui repose sur l'omission de divulguer les déclarations de Daye et de Tynes.

Application au présent pourvoi

L'analyse exposée dans l'arrêt *Dixon*, précité, de notre Cour s'applique de la même manière au présent pourvoi. Les déclarations de Daye et de Tynes sont examinées en détail dans ces motifs. Il y a lieu de noter que Daye ne fait pas, au sujet de McQuaid, les mêmes remarques désobligeantes qu'il a faites au sujet de Dixon; en réalité, Daye ne parle absolument pas de l'appelant. C'est pourquoi ces déclarations sont très peu pertinentes en ce qui concerne McQuaid. Il n'y a rien dans ces déclarations qui aurait, sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité de McQuaid, une incidence différente de celle qu'elles ont eue dans le cas de Dixon.

Pour ce qui est de déterminer si l'omission de divulguer du ministère public a nui à l'équité du procès, on se souviendra que celui-ci a fourni à tous les avocats de la défense une transcription de la déposition sur vidéocassette de Danny Clayton, dans laquelle Daye et Tynes sont désignés comme étant probablement des témoins oculaires.

Lors de son interrogatoire principal, Clayton a affirmé avoir assisté à la fête en compagnie de Tynes et Daye, et être parti avec eux après que les voies de fait eurent été commises. L'avocat de l'accusé Guy Robart a expressément contre-interrogé Clayton au sujet de la participation de Daye et de Tynes aux voies de fait. L'avocat de Stacey Skinner a aussi demandé à Clayton, lors de

had given statements to the police. Most telling of all, however, is the following excerpt from the cross-examination of Clayton by counsel for the appellant:

Q. The first statement that you provided on September 20th, what you had to tell the police about what you saw or did in relation to Darren Watts was not true?

A. Correct.

. . .

Q. Now, not only did they show you other portions, portions of other people's statements, they were saying things to you at the same time as to what they believe occurred that night?

A. Correct.

. . .

Q. But you didn't think that these statements or these portions of these statements that were provided by other people were provided by Terrance Tynes, did you? You didn't think you were hearing Terrance Tynes's statement being read to you, did you?

A. Right.

Q. Because you and Terrance were still good friends at that time?

A. No. His name was involved in some statements.

Q. I realize his name was involved in some statements.

A. Right.

Q. O.K. So that's on one basis that you felt it wasn't Terrance's statement?

A. Yes.

Q. O.K. As well, you didn't think that it was Terris Daye's statement, did you?

A. Because again his name was involved in some statements.

Q. But aside from that, you were good friends with those two individuals, weren't you?

A. Yeah.

son contre-interrogatoire, s'il pensait que Daye et Tynes avaient fait des déclarations à la police. Cependant, l'extrait suivant du contre-interrogatoire de Clayton par l'avocat de l'appellant est ce qui est le plus révélateur:

[TRADUCTION]

Q. Votre première déclaration du 20 septembre, ce que vous aviez à dire à la police au sujet de ce que vous aviez vu ou fait concernant Darren Watts, n'était pas véridique?

R. C'est exact.

. . .

Q. Maintenant, non seulement vous ont-ils montré d'autres extraits, des extraits de déclarations d'autres personnes, ne vous ont-ils pas dit, en même temps, des choses quant à ce qui, selon eux, était survenu ce soir-là?

R. C'est exact.

. . .

Q. Mais vous ne pensiez pas que ces déclarations ou extraits de déclarations faites par d'autres personnes émanaient de Terrance Tynes, n'est-ce pas? Vous ne pensiez pas qu'on vous lisait la déclaration de Terrance Tynes, n'est-ce pas?

R. C'est ça.

Q. Parce que Terrance et vous étiez encore de bons amis à l'époque?

R. Non. Son nom était mentionné dans certaines déclarations.

Q. Je comprends que son nom était mentionné dans certaines déclarations.

R. C'est ça.

Q. D'accord. C'était une raison pour laquelle vous estimiez que ce n'était pas la déclaration de Terrance?

R. Oui.

Q. D'accord. Vous ne pensiez pas non plus que c'était la déclaration de Terris Daye, n'est-ce pas?

R. Encore une fois, parce que son nom était mentionné dans certaines déclarations.

Q. Mais à part cela, ces deux personnes et vous étiez de bons amis, n'est-ce pas?

R. Ouais.

Q. And you didn't think that they had been picked up and provided a statement by the police, up to that point in time, did you?

A. I don't know. [Emphasis added.]

Clearly, defence counsel was well aware that both Daye and Tynes played a role in the events outside the fraternity house that evening and in the ensuing investigation, and knew that they might have witnessed the assaults. In light of this knowledge, trial counsel for the appellant failed to exercise due diligence. He knew Daye's and Tynes's statements had not been disclosed, but assumed he already had all relevant material in his possession. Yet the summary of Daye's statement disclosed in the police report clearly reveals the statement's relevance. Thus, for the reasons set out in *Dixon, supra*, it cannot realistically be said that the failure to produce the statements affected the fairness of the trial process.

IV. Disposition

¹¹ There is nothing which distinguishes this appeal from that of *Dixon*. For the reasons given in that case the appeal must be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Boyne Clarke, Dartmouth.

Solicitor for the respondent: The Nova Scotia Public Prosecution Service, Halifax.

Q. Et vous ne pensiez pas, jusque-là, que la police les avait cueillis et leur avait remis une déclaration, n'est-ce pas?

R. Je ne sais pas. [Je souligne.]

Il est clair que l'avocat de la défense était bien au courant que Daye et Tynes avaient joué un rôle dans les événements survenus à l'extérieur de la maison de la confrérie ce soir-là et dans l'enquête qui a suivi, et qu'il savait qu'ils pouvaient avoir été témoins des voies de fait. Compte tenu de cette connaissance qu'il avait, l'avocat de l'appelant au procès n'a pas fait preuve de diligence raisonnable. Il savait que les déclarations de Daye et de Tynes n'avaient pas été divulguées, mais a présumé qu'il avait déjà en sa possession toute la documentation pertinente. Pourtant, la pertinence de la déclaration de Daye ressort nettement du résumé qui en est fait dans le rapport de police. Ainsi, pour les motifs exposés dans *Dixon*, précité, il est irréaliste d'affirmer que l'omission de produire les déclarations a nui à l'équité du procès.

IV. Dispositif

Rien ne distingue le présent pourvoi de celui de *Dixon*. Pour les motifs exposés dans cette affaire, le pourvoi doit être rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Boyne Clarke, Dartmouth.

Procureur de l'intimée: The Nova Scotia Public Prosecution Service, Halifax.

Cyril Joseph Smith *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SMITH

File No.: 25822.

1997: December 5; 1998: February 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Duty to disclose — Accused convicted of aggravated assaults — Crown not disclosing statements made by four individuals — Summary of statements included in police reports provided to defence counsel at trial — Appropriate test for determining whether Crown's inadvertent failure to disclose relevant material violated accused's right to disclosure — If right to disclosure violated, appropriate test for determining whether constitutional right to make full answer and defence impaired — Effect to be given to defence counsel's lack of due diligence.

The accused was convicted of the aggravated assaults of Watts and Gillis, and the appeal arose in relation to both convictions. The factual background and the issues were set out in *R. v. Dixon*.

Held: The appeal from conviction for the assault of Watts should be dismissed. The appeal from conviction for the assault of Gillis should be allowed and a new trial ordered.

R. v. Dixon set out the principles applicable to situations involving the Crown's duty to disclose relevant material and an accused's right to make full answer and defence.

For the reasons given in *Dixon*, the failure to disclose the fourth (Daye's) statement did not affect either the reliability of the accused's conviction or the fairness of his trial for the aggravated assault on Watts. It did, however, impair the accused's right to make full answer and

Cyril Joseph Smith *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SMITH

N° du greffe: 25822.

1997: 5 décembre; 1998: 19 février.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Obligation de divulguer — Accusé déclaré coupable de voies de fait graves — Omission du ministère public de divulguer les déclarations de quatre personnes — Résumé des déclarations contenu dans les rapports de police remis à l'avocat de la défense au procès — Critère à utiliser pour déterminer si l'omission par inadvertance du ministère public de communiquer des documents pertinents a violé le droit de l'accusé à la divulgation — En cas de violation du droit à la divulgation, critère à utiliser pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par la Constitution — Importance à accorder au manque de diligence raisonnable d'un avocat de la défense.

L'accusé a été déclaré coupable des voies de fait graves dont Watts et Gillis ont été victimes, et le pourvoi concerne ces deux déclarations de culpabilité. Les faits à l'origine du pourvoi et les questions qu'il soulève sont exposés dans *R. c. Dixon*.

Arrêt: Le pourvoi contre la déclaration de culpabilité relative aux voies de fait contre Watts est rejeté. Le pourvoi contre la déclaration de culpabilité relative aux voies de fait contre Gillis est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

L'arrêt *R. c. Dixon* énonce les principes applicables aux cas où il est question de l'obligation du ministère public de communiquer des documents pertinents et du droit d'un accusé à une défense pleine et entière.

Pour les raisons exposées dans *Dixon*, l'omission de divulguer la quatrième déclaration (celle de Daye) n'a influé ni sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité de l'accusé ni sur l'équité du procès qu'il a subi relativement aux voies de fait graves contre Watts. Elle

defence at his trial for the assault of Gillis because several aspects of that statement could have been used to raise a doubt in the trial judge's mind as to the accused's involvement in that assault. Since a new trial must be ordered where a court is persuaded that there is a reasonable possibility that the undisclosed information, on its face, affects the reliability of the conviction, it was not necessary to consider whether the fairness of the trial process was affected by the failure to disclose.

Cases Cited

Followed: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(1).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1997), 156 N.S.R. (2d) 65, 461 A.P.R. 65, [1997] N.S.J. No. 24 (QL) (*sub nom. R. v. McQuaid (Smith Appeal)*), dismissing the accused's appeal from his conviction on two counts of aggravated assault (1996), 148 N.S.R. (2d) 321 (*sub nom. R. v. McQuaid*), 429 A.P.R. 321, [1996] N.S.J. No. 81 (QL). Appeal from conviction for the assault of Watts dismissed. Appeal from conviction for the assault of Gillis allowed and new trial ordered.

Joshua M. Arnold, for the appellant.

Kenneth W. F. Fiske, Q.C., and *Richard B. Miller*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ CORY J. — This appeal was heard on the same day as *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244. It arises out of the same factual circumstances as the *Dixon* appeal and similar issues are raised. These reasons will address only those points unique to this appeal.

à toutefois porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière lors de son procès relatif aux voies de fait contre Gillis, parce que plusieurs aspects de cette déclaration auraient pu servir à susciter un doute dans l'esprit du juge du procès quant à la participation de l'accusé à ces voies de fait. Étant donné qu'un nouveau procès doit être ordonné lorsque la cour est convaincue qu'il y a une possibilité raisonnable qu'à première vue les renseignements non divulgués influent sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité, il n'était pas nécessaire d'examiner si l'omission de divulguer avait nui à l'équité du procès.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1997), 156 N.S.R. (2d) 65, 461 A.P.R. 65, [1997] N.S.J. No. 24 (QL) (*sub nom. R. c. McQuaid (Smith Appeal)*), qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à deux chefs d'accusation de voies de fait graves (1996), 148 N.S.R. (2d) 321 (*sub nom. R. c. McQuaid*), 429 A.P.R. 321, [1996] N.S.J. No. 81 (QL). Pourvoi contre la déclaration de culpabilité relative aux voies de fait contre Watts rejeté. Pourvoi contre la déclaration de culpabilité relative aux voies de fait contre Gillis accueilli et nouveau procès ordonné.

Joshua M. Arnold, pour l'appellant.

Kenneth W. F. Fiske, c.r., et *Richard B. Miller*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi a été entendu le même jour que l'affaire *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244. Il découle des mêmes faits et soulève des questions similaires. Les motifs, en l'espèce, ne porteront que sur les points qui sont propres au présent pourvoi.

I. Factual Background

The factual background of this appeal is set out in *Dixon, supra*.

II. Decisions Below

A. *Nova Scotia Supreme Court* (1996), 148 N.S.R. (2d) 321

Saunders J., for reasons set out in *Dixon, supra*, convicted the appellant of the aggravated assault of Darren Watts. He also convicted the appellant of the aggravated assault of Rob Gillis. This appeal arises in relation to both convictions.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (1997), 156 N.S.R. (2d) 65

The majority of the Court of Appeal (Chipman J.A. (Flinn J.A. concurring)) stated that its reasons in this appeal were the same as those set out in its decision in *R. v. Dixon (S.)* (1997), 156 N.S.R. (2d) 81, except with regard to the due diligence of counsel.

On that issue Chipman J.A. held that once trial counsel for the appellant became aware of the existence of the missing statements during the course of trial, he was faced with a choice: "call for the statements or risk having to live without them" (p. 69). He found that counsel would only accept the summaries included in the occurrence report as an alternative to production of the statements if it had been decided not to pursue disclosure. Based on counsel's lack of due diligence in the face of the Crown's failure to disclose, and the conclusion in *R. v. Dixon (S.)*, *supra*, that the undisclosed information was of no weight, the majority dismissed the appeal from conviction.

Bateman J.A. dissented for the same reasons set out in *R. v. Dixon (S.)*, *supra*. She would have

I. Les faits

Les faits à l'origine du présent pourvoi sont exposés dans *Dixon*, précité.

II. Les juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (1996), 148 N.S.R. (2d) 321

Le juge Saunders a, pour les motifs exposés dans *Dixon*, précité, déclaré l'appelant coupable des voies de fait graves dont a été victime Darren Watts. Il a aussi déclaré l'appelant coupable des voies de fait graves dont a été victime Rob Gillis. Le présent pourvoi concerne les deux déclarations de culpabilité.

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (1997), 156 N.S.R. (2d) 65

La Cour d'appel à la majorité (le juge Chipman, avec l'appui du juge Flinn) a affirmé que ses motifs en l'espèce étaient les mêmes que ceux exposés dans son arrêt *R. c. Dixon (S.)* (1997), 156 N.S.R. (2d) 81, sauf en ce qui concerne la diligence raisonnable de l'avocat.

À ce propos, le juge Chipman a statué que dès que l'avocat de la défense a appris l'existence des déclarations manquantes pendant le procès, il devait faire un choix: [TRADUCTION] «demander les déclarations ou risquer d'avoir à s'en passer» (p. 69). Il a conclu que l'avocat ne pouvait avoir accepté les résumés contenus dans le rapport de police, au lieu de la production des déclarations en cause, que s'il avait décidé de ne pas tenter d'en obtenir la divulgation. Compte tenu du manque de diligence raisonnable de l'avocat face à l'omission de divulguer du ministère public, et de la conclusion tirée dans *R. c. Dixon (S.)*, précité, selon laquelle les renseignements non divulgués n'avaient aucune valeur probante, la cour à la majorité a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité.

Le juge Bateman était dissidente pour les mêmes raisons que celles exposées dans *R. c.*

ordered a new trial for the appellant in relation to both convictions.

III. Analysis

7 The principles applicable to situations involving the Crown's duty to disclose relevant material and an accused's right to make full answer and defence are set out in this Court's judgment in *Dixon, supra*. It remains only to apply those principles to this appeal which is based on the failure to disclose Daye's statement only.

A. *Application to this Appeal*

8 The statement of Terris Daye is reviewed in some detail in this Court's judgment in *Dixon, supra*. For the reasons given there, the failure to disclose Daye's statement cannot have affected either the reliability of the appellant's conviction or the fairness of his trial for the aggravated assault on Darren Watts under s. 21(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. However the same reasoning cannot apply to the conviction of the appellant as a principal in the assault of Rob Gillis.

B. *Materiality of Daye's Statement*

9 In his statement Daye makes it clear that he only witnessed two of the assaults and implies that he did not see the assault of Darren Watts. Indeed, Daye has little to offer in relation to the assault on Watts, beyond the description of two circles of people around the victim and the location of the assault. However, Daye makes the following statements about the appellant:

Q. What was Cyril Smith wearing?

A. I can't remember.

Q. Did you see Cyril Smith strike, hit or kick anyone?

A. No.

Dixon (S.), précité. Elle aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès de l'appelant à l'égard des deux déclarations de culpabilité.

III. Analyse

Les principes applicables aux cas où il est question de l'obligation du ministère public de communiquer des documents pertinents et du droit d'un accusé à une défense pleine et entière sont énoncés dans l'arrêt *Dixon*, précité, de notre Cour. Il ne reste qu'à les appliquer au présent pourvoi, qui repose uniquement sur l'omission de divulguer la déclaration de Daye.

A. *Application au présent pourvoi*

La déclaration de Daye est examinée en détail dans l'arrêt *Dixon*, précité, de notre Cour. Pour les raisons qu'on y donne, l'omission de divulguer la déclaration de Daye ne saurait avoir influé ni sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité de l'appelant, ni sur l'équité du procès qu'il a subi en vertu du par. 21(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relativement aux voies de fait graves contre Darren Watts. Cependant, le même raisonnement ne peut s'appliquer à la déclaration de culpabilité de l'appelant en tant qu'auteur principal des voies de fait contre Rob Gillis.

B. *Pertinence de la déclaration de Daye*

Dans sa déclaration, Daye affirme clairement qu'il n'a été témoin de voies de fait que dans deux cas et laisse entendre qu'il n'a pas été témoin de celles dont a été victime Darren Watts. En réalité, Daye a peu à offrir en ce qui concerne les voies de fait contre Watts, outre la description de deux cercles de personnes autour de la victime et l'endroit où les voies de fait ont été commises. Toutefois, Daye déclare ce qui suit au sujet de l'appelant:

[TRADUCTION]

Q. Que portait Cyril Smith?

R. Je suis incapable de m'en souvenir.

Q. Avez-vous vu Cyril Smith attaquer ou frapper quelqu'un ou lui donner des coups de pied?

R. Non.

In addition, it appears that one of the assaults Daye witnessed was the assault on Rob Gillis. In relation to this assault Daye stated:

Q. Who hit this guy (#2 guy)?

A. There was a crowd of people around him. Spencer punched and kicked this guy. He likes to kick. He also hit this guy #1 (John Charman). Terry and Shannon go from south Cedar, Shannon goes back to the house, Shannon Burke, and Terry goes down Cedar with the crowd. Terry Dixon says just mind your own business. I guess this guy (Charman) grabs Terry and Damon Cole punches this guy in the face. I'm saying there is a reason. He just didn't hit him for nothing. I see this.

Q. Did anyone else hit this guy #1 . . . ?

A. Spencer. That's all I can remember.

Q. What did you see?

A. Lot of people around him, he's in Terry's face, grabs Terry, Damon says take your hands off my cousin and punches him. (#1 person) (Added when read over.)

Q. Where did the punch land?

A. In the jaw. One punch, he's down, Spencer kicked him and I can't remember who all kicked him.

Q. Do you remember anyone who was around him when he was being kicked (Charman)?

A. My crowd was still with me, Terrance, Danny, Michael Barton, Stevie Dee.

Q. What happens next?

A. 2 or 3 minutes later #2 gets beat up and then we leave.

Q. Who hits #2?

A. Spencer. All I seen was Spencer kicking him. The guy that hit this guy was light skinned.

From Daye's description of the surrounding events, it seems that "guy #1" was in fact Rob Gillis, not John Charman. In light of the evidence

De plus, il appert que l'un des cas de voies de faits dont Daye a été témoin est celui de Rob Gillis. Daye a affirmé au sujet de ces voies de fait:

[TRADUCTION]

Q. Qui a frappé cet homme (le deuxième homme)?

R. Il y avait un attroupement autour de lui. Spencer a frappé cet homme à coups de poing et à coups de pied. Il aime donner des coups de pied. Il a aussi frappé le premier homme (John Charman). Terry et Shannon partent de l'extrémité sud de Cedar, Shannon retourne à la maison, Shannon Burke, et Terry se joint à la foule qui descend Cedar. Terry Dixon lui dit de se mêler de ses affaires. Je suppose que cet homme (Charman) a empoigné Terry et que Damon Cole lui a donné un coup de poing au visage. Je dis qu'il y a une raison. Il ne l'a pas simplement frappé sans raison. J'imagine.

Q. Quelqu'un d'autre a-t-il frappé ce premier homme . . . ?

R. Spencer. C'est tout ce dont je peux me souvenir.

Q. Qu'avez-vous vu?

R. Plein de gens qui l'entourent, il saute au visage de Terry, il empoigne Terry, Damon lui dit de laisser son cousin tranquille et lui donne un coup de poing. (première personne) (Ajouté à la relecture.)

Q. Où a-t-il été atteint par ce coup de poing?

R. À la mâchoire. Un seul coup, et le voilà affaissé. Spencer lui a donné des coups de pied et je ne puis me souvenir de tous ceux qui lui en ont donnés aussi.

Q. Vous rappelez-vous de qui était autour de lui pendant qu'il était battu à coups de pied (Charman)?

R. Ma bande était toujours avec moi, Terrance, Danny, Michael Barton, Stevie Dee.

Q. Qu'est-il arrivé ensuite?

R. Deux ou trois minutes plus tard, le deuxième homme reçoit une raclée, puis nous quittons.

Q. Qui frappe le deuxième homme?

R. Spencer. Tout ce que j'ai vu, c'était Spencer en train de lui donner des coups de pied. Le gars qui a battu cet homme avait la peau claire.

Selon la description que Daye a donnée des événements qui ont entouré l'affaire, il semble que le premier homme était en fait Rob Gillis et non pas

tendered at trial, it is reasonably possible that the trial judge would have interpreted the statement as describing the assault on Rob Gillis. This reasonable possibility must be taken into account in assessing the impact the statement might have had on the appellant's conviction for assaulting Gillis. Since this interpretation of the statement is the most favourable to the appellant, it is appropriate to proceed on the basis that the trial judge would have found Daye was referring to the assault on Gillis.

¹⁰ Daye identified Damon Cole and Spencer Dixon as Gillis's assailants, and stated he did not see the appellant Smith hit anyone. By contrast, Clayton testified that the appellant struck Darren Watts and that Damon Cole and the appellant struck Rob Gillis. These aspects of Daye's statement provide the appellant with exculpatory evidence that he could have used in his defence. If the trial judge had accepted this evidence, there is a reasonable possibility that the outcome at trial might have been different. To put it another way, there is a reasonable possibility that these aspects of Daye's statement could have been used, perhaps by calling Daye as a witness, to raise a doubt in the trial judge's mind as to the appellant's involvement in the assault on Rob Gillis. It follows that the appellant's right to make full answer and defence at his trial for the assault on Rob Gillis was impaired by the Crown's failure to disclose Daye's statement. In *Dixon, supra*, it was said that where a court is persuaded that there is a reasonable possibility that, on its face, the undisclosed information affects the reliability of the conviction, it must order a new trial. It follows that the appellant is entitled to a new trial for the assault on Rob Gillis.

C. Fairness of the Trial Process

¹¹ For the reasons given in *Dixon, supra*, the Crown's failure to disclose these statements did not affect the fairness of the trial process in the Watts assault. In the Gillis assault, it has been con-

John Charman. Compte tenu de la preuve soumise au procès, il y a une possibilité raisonnable que le juge du procès aurait interprété la déclaration comme décrivant les voies de fait commises contre Rob Gillis. Il faut tenir compte de cette possibilité raisonnable en évaluant l'incidence que la déclaration aurait pu avoir sur la déclaration de culpabilité de l'appellant à l'égard des voies de fait contre Gillis. Vu que cette interprétation de la déclaration est la plus favorable à l'appellant, il convient de tenir pour acquis que le juge du procès aurait conclu que Daye parlait des voies de fait contre Gillis.

Daye a identifié Damon Cole et Spencer Dixon comme étant les agresseurs de Gillis, et a affirmé ne pas avoir vu l'appellant Smith frapper quelqu'un. Par contre, Clayton a témoigné que l'appellant avait attaqué Darren Watts et que Damon Cole et l'appellant avaient attaqué Rob Gillis. Ces aspects de la déclaration de Daye constituent, pour l'appellant, des éléments de preuve disculpatoire qu'il aurait pu utiliser pour se défendre. Si le juge du procès avait accepté ces éléments de preuve, il y a une possibilité raisonnable que l'issue aurait été différente au procès. En d'autres termes, il y a une possibilité raisonnable que ces aspects de la déclaration de Daye auraient servi, en assignant peut-être Daye comme témoin, à susciter un doute dans l'esprit du juge du procès quant à la participation de l'appellant aux voies de fait contre Rob Gillis. Il s'ensuit que l'omission du ministère public de divulguer la déclaration de Daye a porté atteinte au droit de l'appellant de présenter une défense pleine et entière lors de son procès relatif aux voies de fait contre Rob Gillis. Dans *Dixon*, précité, on a dit que lorsqu'une cour est convaincue qu'il y a une possibilité raisonnable qu'à première vue les renseignements non divulgués influent sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité, elle doit ordonner un nouveau procès. En conséquence, l'appellant a droit à un nouveau procès relativement aux voies de fait contre Rob Gillis.

C. Équité du procès

Pour les motifs exposés dans *Dixon*, précité, l'omission du ministère public de divulguer les déclarations en cause n'a pas nui à l'équité du procès relativement aux voies de fait contre Watts.

cluded that there is a reasonable possibility that Daye's statement, on its face, would have affected the outcome of the appellant's trial for the assault of Rob Gillis. The appellant is entitled to a new trial in relation to this assault on this basis alone, and it is not necessary to consider whether the fairness of the trial process was affected by the failure to disclose Daye's statement.

IV. Disposition

The appeal from conviction for the assault of Darren Watts is dismissed. The appeal from conviction for the assault on Rob Gillis is allowed and a new trial is directed.

Appeal from conviction for the assault of Watts dismissed. Appeal from conviction for the assault of Gillis allowed and new trial ordered.

Solicitors for the appellant: Arnold Pizzo McKiggan, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Nova Scotia Public Prosecution Service, Halifax.

Quant aux voies de fait contre Gillis, il a été conclu qu'il y a une possibilité raisonnable que la déclaration de Daye aurait modifié, à première vue, l'issue du procès de l'appelant quant aux voies de fait contre Rob Gillis. L'appelant n'a droit à un nouveau procès relativement à ces voies de fait que pour ce motif seulement, et il n'est pas nécessaire d'examiner si l'omission de divulguer la déclaration de Daye a nui à l'équité du procès.

IV. Dispositif

Le pourvoi contre la déclaration de culpabilité relative aux voies de fait dont Darren Watts a été victime est rejeté. Le pourvoi contre la déclaration de culpabilité relative aux voies de fait dont Rob Gillis a été victime est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Pourvoi contre la déclaration de culpabilité relative aux voies de fait contre Watts rejeté. Pourvoi contre la déclaration de culpabilité relative aux voies de fait contre Gillis accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureurs de l'appelant: Arnold Pizzo McKiggan, Halifax.

Procureur de l'intimée: The Nova Scotia Public Prosecution Service, Halifax.

Stacey Skinner *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SKINNER

File No.: 25831.

1997: December 5; 1998: February 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Duty to disclose — Accused convicted of aggravated assault — Crown not disclosing statements made by four individuals — Summary of statements included in police reports provided to defence counsel at trial — Appropriate test for determining whether Crown's inadvertent failure to disclose relevant material violated accused's right to disclosure — If right to disclosure violated, appropriate test for determining whether constitutional right to make full answer and defence impaired — Effect to be given to defence counsel's lack of due diligence.

The accused was convicted of the aggravated assault of Watts. One distinction from the other companion cases was that the Court of Appeal found that counsel had exercised due diligence. The court noted that counsel was inexperienced and observed that she believed that the police occurrence reports contained the fourth statement (Daye's) in full and therefore believed there was no reason to make further demands.

Held: The appeal from conviction for the assault of Watts should be allowed and a new trial ordered.

R. v. Dixon set out the principles applicable to situations involving the Crown's duty to disclose and an accused's right to make full answer and defence.

Although it may well be that the inexperience of counsel should not be considered an appropriate ground

Stacey Skinner *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SKINNER

N° du greffe: 25831.

1997: 5 décembre; 1998: 19 février.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Obligation de divulguer — Accusé déclaré coupable de voies de fait graves — Omission du ministère public de divulguer les déclarations de quatre personnes — Résumé des déclarations contenu dans les rapports de police remis à l'avocate de la défense au procès — Critère à utiliser pour déterminer si l'omission par inadvertance du ministère public de communiquer des documents pertinents a violé le droit de l'accusé à la divulgation — En cas de violation du droit à la divulgation, critère à utiliser pour déterminer si il y a eu atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par la Constitution — Importance à accorder au manque de diligence raisonnable d'un avocat de la défense.

L'accusé a été reconnu coupable des voies de fait graves dont Watts a été victime. Une différence d'avec les autres pourvois connexes réside dans le fait que la Cour d'appel a conclu que l'avocate de la défense avait fait preuve de diligence raisonnable. La cour a souligné que l'avocate était inexpérimentée et qu'elle croyait que les rapports de police contenaient la quatrième déclaration (celle de Daye) au complet et qu'elle n'avait donc aucune raison de faire d'autres demandes de production.

Arrêt: Le pourvoi contre la déclaration de culpabilité relative aux voies de fait contre Watts est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

L'arrêt *R. c. Dixon* énonce les principes applicables aux cas où il est question de l'obligation de divulguer du ministère public et du droit d'un accusé à une défense pleine et entière.

Même s'il se peut qu'il n'y ait pas lieu de considérer l'inexpérience de l'avocate comme une excuse valable

for excusing the failure to exercise due diligence, it was accepted that counsel here exercised due diligence. For the reasons set out in *Dixon*, the fourth of the undisclosed statements (Daye's), on its face, could have had very little, if any, impact on the reliability of the result reached at trial. Nevertheless, the fairness of the trial process, given that the Court of Appeal found trial counsel to be duly diligent in pursuing full disclosure, could have been affected by the Crown's failure to disclose that statement because the defence could have garnered additional evidence flowing from this statement that could have affected its strategy. It was reasonably possible that disclosure would have had an impact on the conduct of the defence.

Cases Cited

Followed: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1997), 158 N.S.R. (2d) 81, 466 A.P.R. 81, [1997] N.S.J. No. 22 (QL) (*sub nom. R. v. McQuaid (Skinner Appeal)*), dismissing the accused's appeal from his conviction on two counts of aggravated assault (1996), 148 N.S.R. (2d) 321 (*sub nom. R. v. McQuaid*), 429 A.P.R. 321, [1996] N.S.J. No. 81 (QL). Appeal from conviction for the assault of Watts allowed and new trial ordered.

Warren K. Zimmer, for the appellant.

Kenneth W. F. Fiske, Q.C., and *Richard B. Miller*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J. — This appeal was heard on the same day as *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244. It arises out of the same factual circumstances as the *Dixon* appeal and similar issues are raised. These reasons will address only those points unique to this appeal.

pour ne pas avoir fait preuve de diligence raisonnable, il a été accepté que l'avocate, en l'espèce, a fait preuve de diligence raisonnable. Pour les raisons exposées dans *Dixon*, la quatrième des déclarations non divulguées (celle de Daye), à première vue, n'aurait pu avoir, le cas échéant, qu'une incidence très faible sur le bien-fondé du résultat atteint au procès. Néanmoins, vu que la Cour d'appel a conclu que l'avocate de l'accusé au procès a fait preuve de diligence raisonnable en tentant d'obtenir une divulgation complète, l'omission du ministère public de divulguer cette déclaration aurait pu nuire à l'équité du procès parce que la défense aurait été en mesure d'en tirer des éléments de preuve additionnels susceptibles d'influer sur sa stratégie. Il était raisonnablement possible que la divulgation aurait eu une incidence sur la façon de présenter la défense.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1997), 158 N.S.R. (2d) 81, 466 A.P.R. 81, [1997] N.S.J. No. 22 (QL) (*sub nom. R. c. McQuaid (Skinner Appeal)*), qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à deux chefs d'accusation de voies de fait graves (1996), 148 N.S.R. (2d) 321 (*sub nom. R. c. McQuaid*), 429 A.P.R. 321, [1996] N.S.J. No. 81 (QL). Pourvoi contre la déclaration de culpabilité relative aux voies de fait contre Watts accueilli et nouveau procès ordonné.

Warren K. Zimmer, pour l'appellant.

Kenneth W. F. Fiske, c.r., et *Richard B. Miller*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi a été entendu le même jour que l'affaire *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244. Il découle des mêmes faits et soulève des questions similaires. Les motifs, en l'espèce, ne porteront que sur les points qui sont propres au présent pourvoi.

I. Factual Background

2 The factual background of this appeal is set out in *Dixon, supra*.

II. Decisions Below

A. *Nova Scotia Supreme Court* (1996), 148 N.S.R. (2d) 321

3 Saunders J., for reasons set out in *Dixon, supra*, convicted the appellant of the aggravated assault of Darren Watts. He also convicted the appellant of the aggravated assault of John Charman. This appeal arises in relation to the assault of Watts only.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (1997), 158 N.S.R. (2d) 81

4 In considering due diligence of counsel, Flinn J.A. (Chipman J.A. concurring) noted that trial counsel for the appellant did not commence to practise law until October 1994 and that the appellant's trial in February 1996 was counsel's second criminal trial in the Nova Scotia Supreme Court. Flinn J.A. observed that in her affidavit filed with the Court of Appeal, trial counsel for the appellant stated she was not even aware that a separate statement of Terris Daye existed. It was her belief that Daye's full statement was contained in the police occurrence reports. Since she thought she had everything in her possession, there was no reason for her to make further demands for production. Further, trial counsel did not represent the appellant in the Court of Appeal and had no further involvement in the appellant's representation after conviction and sentencing. As a result, she did not attend the meeting to discuss appeal issues attended by other defence counsel, which led to the demand for production of Daye's statement. She therefore did not share the same unexplained post-trial change of heart of other trial counsel concerning the importance of the statement. The majority concluded that trial counsel for the appellant had exercised due diligence in pursuing disclosure. Therefore, based solely on the conclusion that Daye's statement was not material to the defence, the

I. Les faits

Les faits à l'origine du présent pourvoi sont exposés dans *Dixon, précité*.

II. Les juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (1996), 148 N.S.R. (2d) 321

Le juge Saunders a, pour les motifs exposés dans *Dixon, précité*, déclaré l'appelant coupable des voies de fait graves dont a été victime Darren Watts. Il a aussi déclaré l'appelant coupable des voies de fait graves dont a été victime John Charman. Le présent pourvoi ne concerne que les voies de fait contre Watts.

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (1997), 158 N.S.R. (2d) 81

En examinant la question de la diligence raisonnable de l'avocat, le juge Flinn (avec l'appui du juge Chipman) a souligné que l'avocate de l'appelant au procès n'avait commencé à exercer le droit qu'en octobre 1994 et que le procès de l'appelant, en février 1996, n'était que le deuxième procès criminel auquel elle participait devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Le juge Flinn a fait remarquer que, dans son affidavit déposé devant la Cour d'appel, l'avocate de l'appelant au procès a déclaré qu'elle n'était même pas au courant de l'existence d'une déclaration distincte faite par Terris Daye. Elle pensait que les rapports de police contenaient la déclaration complète de Daye. Comme elle croyait avoir tout en sa possession, elle n'avait aucune raison de faire d'autres demandes de production. En outre, l'avocate de l'appelant au procès ne l'a pas représenté en Cour d'appel et ne s'était plus occupée de le représenter après sa déclaration de culpabilité et le prononcé de sa sentence. En conséquence, elle n'a pas assisté à la rencontre à laquelle ont participé les autres avocats de la défense afin de discuter des questions d'appel, et qui a abouti à la demande de production de la déclaration de Daye. Contrairement aux autres avocats de la défense, elle n'a donc pas changé d'avis de façon inexplicquée après le procès, quant à l'importance de cette déclara-

majority concluded that the appellant's right to make full answer and defence had not been impaired by the Crown's failure to disclose Daye's statement.

Bateman J.A. dissented for the same reasons set out in *R. v. Dixon (S.)* (1997), 156 N.S.R. (2d) 81. Thus the Court of Appeal was unanimous in its finding that trial counsel for the appellant was duly diligent in pursuing disclosure, and as a result, the issue does not arise in this Court. Bateman J.A. also agreed with the majority that the appeal from conviction in relation to the assault on John Charman should be dismissed, as the appellant had admitted to this assault in his own statement to police. However, Bateman J.A. held that the right of the appellant to make full answer and defence was impaired by the Crown's failure to disclose Daye's statement. She would have directed a new trial on the basis that had the Daye statement been available to the defence, there was a reasonable possibility that the result might have been different and that the failure to disclose the statement affected the fairness of the trial.

III. Analysis

The principles applicable to situations involving the Crown's duty to disclose and an accused's right to make full answer and defence are set out in this Court's judgment in *Dixon, supra*. It remains only to apply those principles to this appeal, which is based on the failure to disclose Daye's statement only.

Application to this Appeal

Unlike the companion appeals, no finding has been made that trial counsel for Skinner failed to

tion. La cour à la majorité a conclu que l'avocate de l'appelant au procès avait fait preuve de diligence raisonnable en tentant d'obtenir la divulgation. Par conséquent, en se fondant uniquement sur la conclusion que la déclaration de Daye n'était pas pertinente pour la défense, la cour à la majorité a statué que l'omission du ministère public de divulguer cette déclaration n'avait pas porté atteinte au droit de l'appelant à une défense pleine et entière.

Le juge Bateman était dissidente pour les mêmes raisons que celles exposées dans *R. c. Dixon (S.)* (1997), 156 N.S.R. (2d) 81. Ainsi, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité que l'avocate de l'appelant au procès avait fait preuve de diligence raisonnable en tentant d'obtenir la divulgation, et la question ne se pose donc pas devant notre Cour. Le juge Bateman a également partagé l'opinion des juges majoritaires, selon laquelle il y avait lieu de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité relative aux voies de fait contre John Charman, parce que l'appelant avait lui-même reconnu avoir commis ces voies de fait dans sa déclaration à la police. Toutefois, le juge Bateman a conclu que l'omission du ministère public de divulguer la déclaration de Daye avait porté atteinte au droit de l'appelant à une défense pleine et entière. Elle aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que, si la défense avait disposé de la déclaration de Daye, il y aurait eu une possibilité raisonnable que le résultat soit différent, et que l'omission de divulguer cette déclaration a nui à l'équité du procès.

III. Analyse

Les principes applicables aux cas où il est question de l'obligation de divulguer du ministère public et du droit d'un accusé à une défense pleine et entière sont énoncés dans l'arrêt *Dixon*, précité, de notre Cour. Il ne reste qu'à les appliquer au présent pourvoi, qui repose uniquement sur l'omission de divulguer la déclaration de Daye.

Application au présent pourvoi

Contrairement à ce qui s'est passé dans les pourvois connexes, il a été conclu que l'avocate de

exercise due diligence in seeking Crown disclosure. The Court of Appeal was unanimous in this conclusion and no issue has been raised as to its correctness. In the circumstances nothing can be said about it. Yet it may well be that the inexperience of counsel should not be considered an appropriate ground for excusing the failure to exercise due diligence. Nevertheless, for the purposes of this appeal it must be accepted that Skinner's trial counsel exercised due diligence in this regard.

8 For the same reasons set out in *Dixon, supra*, Daye's statement, on its face, could have had very little, if any, impact on the reliability of the result reached at trial. Nevertheless the appellant will be entitled to a new trial if he can show that the non-disclosure of this statement affected the overall fairness of the trial process. This is accomplished if it is demonstrated that non-disclosure of the statement deprived the defence of opportunities to garner additional evidence.

9 In the circumstances of this case, there is a reasonable possibility that the fairness of the trial process was affected by the Crown's failure to disclose Daye's statement. In this regard, it must be taken into account that the Court of Appeal was unanimous in finding that trial counsel for the appellant was duly diligent in pursuing full disclosure at trial. Particularly, the Court of Appeal accepted her affidavit as evidence that she was unaware that there existed any other statement of Daye beyond the summary disclosed in the police occurrence reports. The summary, it should be noted, did not include any reference to Daye's statements concerning the appellant and his actions on the night in question. Further she did not attend the meeting of other defence counsel to discuss appeal issues. As a result she could not be said to have had the same change of heart as to the desirability of obtaining the undisclosed statements, in particular, that of Terris Daye.

Skinner au procès n'avait pas omis de faire preuve de diligence raisonnable en tentant d'obtenir la divulgation par le ministère public. La Cour d'appel a tiré à l'unanimité cette conclusion, dont la justesse n'a pas été contestée. Dans les circonstances, il n'y a rien à redire à ce sujet. Pourtant, il se peut bien qu'il n'y ait pas lieu de considérer l'inexpérience de l'avocate comme une excuse valable pour ne pas avoir fait preuve de diligence raisonnable. Néanmoins, aux fins du présent pourvoi, il faut accepter que l'avocate de Skinner au procès a fait preuve de diligence raisonnable à cet égard.

Pour les mêmes raisons que celles exposées dans *Dixon*, précité, la déclaration de Daye, à première vue, n'aurait pu avoir, le cas échéant, qu'une incidence très faible sur le bien-fondé du résultat atteint au procès. Toutefois, l'appellant aura droit à un nouveau procès s'il peut établir que la non-divulgation de cette déclaration a nui à l'équité globale du procès. Cela peut se faire en démontrant que la non-divulgation de la déclaration en cause a privé la défense de la possibilité de recueillir des éléments de preuve additionnels.

Dans les circonstances de la présente affaire, il y a une possibilité raisonnable que l'omission du ministère public de divulguer la déclaration de Daye ait nui à l'équité du procès. À cet égard, il faut tenir compte du fait que c'est à l'unanimité que la Cour d'appel a conclu que l'avocate de l'appellant a fait preuve de diligence raisonnable en tentant d'obtenir une divulgation complète au procès. Plus précisément, la Cour d'appel a jugé que l'affidavit de l'avocate prouvait que, outre le résumé divulgué dans les rapports de police, elle ignorait l'existence d'une autre déclaration de Daye. Il y a lieu de souligner que ce résumé ne mentionnait aucunement les déclarations de Daye au sujet de l'appellant et des actes qu'il avait accomplis le soir en question. L'avocate n'a pas non plus assisté à la rencontre des autres avocats de la défense afin de discuter des questions d'appel. On ne pouvait donc pas affirmer qu'elle avait elle aussi changé d'avis sur l'utilité d'obtenir les déclarations non divulguées et, en particulier, celle de Terris Daye.

In these circumstances, did the Crown's failure to disclose Daye's statement affect the fairness of the trial process by depriving the defence of opportunities to garner evidence flowing from this statement? There is, I believe, a reasonable possibility that the defence could have garnered additional evidence flowing from this statement which may have been of use at trial.

The statement reveals (i) that Daye was an eye-witness; (ii) that Daye contradicts Clayton's evidence in relation to at least one of the assaults; (iii) that Daye was able to fix the appellant's location during the initial stages of the events, and thus, at some point, was in a position to observe the appellant; (iv) that Daye did not see the appellant hit anyone. Daye's statement should have been disclosed to defence counsel. The failure to disclose it affected the fairness of the trial process since the defence was denied the opportunity to explore possible uses of this information.

For example, there is a reasonable possibility that had the undisclosed statement been produced by the Crown, it could have affected the defence's decision not to call evidence. The defence may have chosen to call Daye as a witness to contradict Clayton's testimony and challenge his credibility. On an appeal, it is impossible to reconstruct the trial process and determine exactly how the defence might have used the undisclosed statement. Yet there does appear to be sufficient relevant information contained in Daye's statement that its possible utility to the defence is not a matter of pure speculation or fancy. It is reasonably possible that disclosure of this statement would have had an impact on the conduct of the defence at trial. I conclude therefore that non-disclosure of this statement affected the fairness of the trial process and impaired the appellant's right to make full answer and defence.

It is true that trial counsel for the appellant was aware long before the trial began that Daye was a potential eyewitness. Yet it is no answer to the impairment of the appellant's right to make full

Dans ces circonstances, l'omission du ministère public de divulguer la déclaration de Daye a-t-elle nui à l'équité du procès en privant la défense de la possibilité de recueillir des éléments de preuve découlant de cette déclaration? Selon moi, il y a une possibilité raisonnable que la défense ait été en mesure de tirer de cette déclaration des éléments de preuve additionnels susceptibles d'être utiles au procès.

La déclaration révèle que (i) Daye était un témoin oculaire, (ii) Daye contredit le témoignage de Clayton dans au moins un cas de voies de fait, (iii) Daye a pu déterminer où se trouvait l'appelant au début des événements de sorte qu'il a pu l'observer à un certain moment, (iv) Daye n'a pas vu l'appelant frapper quelqu'un. La déclaration de Daye aurait dû être divulguée à l'avocate de la défense. L'omission de la divulguer a nui à l'équité du procès, car la défense n'a pas eu la possibilité d'examiner quelle utilisation pourrait être faite de ces renseignements.

Par exemple, il y a une possibilité raisonnable que, si elle avait été produite par le ministère public, la déclaration non divulguée aurait eu une incidence sur la décision de la défense de ne pas présenter de preuve. La défense aurait pu choisir d'assigner Daye comme témoin afin de contredire le témoignage de Clayton et d'attaquer sa crédibilité. Il est impossible, dans le cadre d'un appel, de reconstituer le procès et de déterminer exactement comment la défense aurait pu utiliser la déclaration non divulguée. Pourtant, la déclaration de Daye semble contenir assez de renseignements pertinents pour que son utilité éventuelle pour la défense ne relève pas de la pure conjecture ou de l'imagination. Il est raisonnablement possible que la divulgation de cette déclaration aurait eu une incidence sur la façon de présenter la défense lors du procès. Je conclus donc que la non-divulgation de cette déclaration a nui à l'équité du procès et porté atteinte au droit de l'appelant à une défense pleine et entière.

Il est vrai que l'avocate de l'appelant au procès savait, bien avant l'ouverture du procès, que Daye pouvait être un témoin oculaire. Cependant, on ne saurait réfuter l'atteinte au droit de l'appelant à une

10

11

12

13

answer and defence to say that defence counsel could have or should have interviewed Daye. Indeed, on appeal the issue to be considered is whether decisions made at trial would have been different if the undisclosed information had been available.

- 14 It is also true that if the Crown has disclosed alternative sources of the same information contained in the undisclosed material, the Crown has fulfilled its disclosure obligations. In this regard, the disclosure of the summary of Daye's statement in the police occurrence report must be considered. It reveals (i) that Daye was an eyewitness, which counsel for the appellant would already have known; (ii) that Daye observed two circles around Darren Watts; and (iii) that Daye was able to identify Charman's assailants. However, the summary does not include any reference to Daye's statements concerning the appellant and his actions on the night in question. Thus, the appellant was deprived of this information, and it cannot be said that the Crown disclosed an alternative source of the information contained in Daye's statement to the police.

- 15 This appeal does not involve either a tactical decision at trial or a failure to exercise due diligence in pursuing disclosure. In the circumstances of this case it must be concluded that there is a reasonable possibility the fairness of the trial process was adversely affected by the Crown's failure to disclose Daye's statement. As a consequence, the appellant's right to make full answer and defence was impaired.

IV. Disposition

- 16 The appeal by Skinner for his conviction for the assault of Darren Watts is allowed and a new trial is directed.

Appeal from conviction for the assault of Watts allowed and new trial ordered.

défense pleine et entière, en affirmant que l'avocate de la défense aurait pu ou aurait dû interroger Daye. En fait, la question à trancher en appel est de savoir si des décisions rendues au procès auraient été différentes si les renseignements non divulgués avaient été disponibles.

Il est également vrai que, s'il avait communiqué d'autres sources contenant les mêmes renseignements que le document non communiqué, le ministère public se serait acquitté de son obligation de divulguer. À cet égard, il faut tenir compte de la divulgation du résumé de la déclaration de Daye, contenu dans le rapport de police. Ce résumé révèle que (i) Daye était un témoin oculaire, ce que l'avocate de l'appelant aurait déjà su, (ii) Daye a observé deux cercles de personnes autour de Darren Watts, et (iii) Daye a pu identifier les agresseurs de Charman. Toutefois, ce résumé ne mentionne pas les déclarations de Daye au sujet de l'appelant et des actes qu'il a accomplis le soir en question. L'appelant a donc été privé de ces renseignements et on ne saurait dire que le ministère public a divulgué une autre source contenant les mêmes renseignements que la déclaration de Daye à la police.

Il n'est question, en l'espèce, ni d'une décision tactique au procès ni de l'omission de faire preuve de diligence raisonnable en tentant d'obtenir la divulgation. Dans les circonstances de la présente affaire, il faut conclure qu'il y a une possibilité raisonnable que l'omission du ministère public de divulguer la déclaration de Daye ait nui à l'équité du procès. En conséquence, il y a eu atteinte au droit de l'appelant à une défense pleine et entière.

IV. Dispositif

Le pourvoi de Skinner contre sa déclaration de culpabilité relative aux voies de fait contre Darren Watts est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Pourvoi contre la déclaration de culpabilité relative aux voies de fait contre Watts accueilli et nouveau procès ordonné.

*Solicitor for the appellant: Warren K. Zimmer,
Halifax.*

*Procureur de l'appellant: Warren K. Zimmer,
Halifax.*

*Solicitor for the respondent: The Nova Scotia
Public Prosecution Service, Halifax.*

*Procureur de l'intimée: The Nova Scotia Public
Prosecution Service, Halifax.*

Yves Bisson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BISSON

File No.: 25821.

1998: January 30; 1998: February 19.

Present: Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Whether trial judge misdirected jury on meaning of “beyond a reasonable doubt” by comparing it to degree of certainty used to make decisions in everyday activities — If so, whether new trial should be ordered.

The accused was charged with first degree murder. The trial judge instructed the jury that although the phrase “beyond a reasonable doubt” can cause considerable debate and confusion, it was really a very simple concept. He described a reasonable doubt as a real doubt, an honest doubt held by a reasonable person. He then explained, however, that a reasonable doubt is that degree of certainty which one uses every day in important activities. He then gave an example relating in detail the steps which should be taken in order to determine the level of oil in an automobile. He suggested that when the proper checks had been done, a person could feel certain “beyond a reasonable doubt” that there was enough oil in the car to enable it to run without damage. The accused was convicted. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the conviction.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Examples of what may constitute proof beyond a reasonable doubt can give rise to difficulties. First, they may tend to indicate to a juror that the decision as to whether guilt has been proven beyond a reasonable doubt can be made on the same basis as would any decision made in the course of their daily routines. Often those “everyday” decisions in life are reached by utiliz-

Yves Bisson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BISSON

N° du greffe: 25821.

1998: 30 janvier; 1998: 19 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Directives au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il donné une directive erronée au jury sur le sens de l'expression «hors de tout doute raisonnable» en la comparant au degré de certitude qu'on utilise dans les décisions de tous les jours? — Dans l'affirmative, la tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée?

L'inculpé a été accusé de meurtre au premier degré. Le juge du procès a dit au jury que même si l'expression «hors de tout doute raisonnable» pouvait susciter beaucoup de débats et de confusion, c'était en réalité une notion très simple. Il a expliqué que c'était un doute réel, un doute honnête, entretenu par une personne raisonnable. Il a ajouté, toutefois, que la certitude hors de tout doute raisonnable c'est le degré de certitude que l'on utilise chaque jour dans ses activités importantes. Il a ensuite donné un exemple relatant avec force détails les étapes à suivre pour vérifier le niveau d'huile d'une automobile. Une fois ces vérifications faites, a-t-il dit, une personne peut être certaine «hors de tout doute raisonnable» que le niveau d'huile de la voiture est suffisant pour assurer son bon fonctionnement. L'accusé a été déclaré coupable. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt: L'appel est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Les exemples destinés à illustrer ce qui constitue une preuve hors de tout doute raisonnable peuvent donner lieu à des difficultés. Premièrement, ils peuvent tendre à faire croire à un juré que la décision quant à l'existence d'une preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable peut être prise sur le même fondement que toute autre décision de la vie quotidienne. Souvent, ces déci-

ing a standard of probability. They are based upon experience and a consideration of routine risks and commonplace alternatives. To suggest that jurors may apply examples from everyday life in determining proof beyond a reasonable doubt can thus be misleading and may well lower the requisite standard. Secondly, examples tend to be applied subjectively. The consideration of an example will often vary with the life experiences and background of every individual juror. The example used in this case does seem to suggest to jurors that they can apply the same standard they would use in everyday, routine decisions to the determination of guilt beyond a reasonable doubt. Since the directions of the trial judge give rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof, the verdict must be set aside and a new trial directed.

Cases Cited

Applied: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1997] R.J.Q. 286, 114 C.C.C. (3d) 154, 4 C.R. (5th) 308, [1997] Q.J. No. 21 (QL), dismissing the accused's appeal of his conviction by Boilard J. of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

Pierre Poupart and Ronald Prigent, for the appellant.

Stéphane Lamarche and Michel Denis, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J. — On this appeal, consideration must be given to the problems which arise when examples are given to illustrate the phrase “beyond a reasonable doubt”.

Factual Background

As a result of the proposed disposition very little will be said about the factual background. The

sions de la vie de «tous les jours» sont prises en fonction d'une norme de probabilité. Elles sont fondées sur l'expérience et sur la prise en compte des risques usuels et des solutions de rechange habituelles. Laisser entendre aux jurés qu'ils peuvent se baser sur des exemples tirés de la vie quotidienne pour décider s'il y a preuve hors de tout doute raisonnable peut être trompeur et pourrait fort bien abaisser la norme requise. Deuxièmement, les exemples font entrer en jeu la subjectivité. La perception d'un exemple variera souvent suivant les expériences de vie et le bagage de chacun des jurés. L'exemple utilisé dans la présente affaire semble effectivement suggérer aux jurés qu'ils peuvent, afin de statuer sur la culpabilité hors de tout doute raisonnable, appliquer la même norme que celle qu'ils utiliseraient à l'égard des décisions courantes de la vie quotidienne. Comme les directives données par le juge du procès soulèvent une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme applicable, le verdict doit être annulé et la tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1997] R.J.Q. 286, 114 C.C.C. (3d) 154, 4 C.R. (5th) 308, [1997] A.Q. n° 21 (QL), rejetant l'appel formé par l'accusé contre la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré prononcée contre lui par le juge Boilard. Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonnée.

Pierre Poupart et Ronald Prigent, pour l'appellant.

Stéphane Lamarche et Michel Denis, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — Dans le présent pourvoi, il nous faut examiner les problèmes que soulève le recours à des exemples pour illustrer l'expression «hors de tout doute raisonnable».

Les faits

En raison de la solution proposée, nous ne nous attarderons pas aux faits. L'appellant a été accusé et

appellant was charged with and convicted of first degree murder. The sole issue is whether the directions with regard to reasonable doubt were such that a new trial must be directed.

Directions Given in This Case

3 At the outset it is important to remember that the directions in this case and the consideration of them by the Court of Appeal took place before the release of the decision of this Court in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320. The trial judge instructed the jury that although the phrase "beyond a reasonable doubt" can cause considerable debate and confusion, it was really a very simple concept. He stated that, while total, absolute, perfect certainty does not exist, certainty beyond a reasonable doubt is that which is closest to this ideal. He described it as a real doubt, an honest doubt held by a reasonable person. He then explained, however, that a reasonable doubt is a or that degree of certainty which one uses every day in important activities. He put it in this way:

[TRANSLATION] What is reasonable doubt? I will not hide from you the fact that it is a legal concept which has provoked much debate, which has engendered much discussion, both on the part of counsel and on the part of judges, and which is the source of confusion that is sometimes quite unnecessary. You will see that it is something very simple.

The expression reasonable doubt is in a sense a way of describing a degree of certainty. First, you should note, and obviously accept, the fact that total, absolute, perfect certainty that someone is guilty of something, does not exist. Just as in most situations in our everyday life, total, perfect, complete certainty does not exist, the closest that one can get to this ideal state of certainty is precisely certainty beyond a reasonable doubt.

What then is a reasonable doubt? A reasonable doubt is first and foremost a real doubt, that is not imagined, not capricious, not frivolous. It is a real doubt, an honest doubt entertained in the mind of a reasonable person. A reasonable doubt is therefore a doubt that is reasonable. It is nothing other than that. And it is a degree of certainty which you use every day, in your important activities, whether at work, at home or in your leisure activi-

déclaré coupable de meurtre au premier degré. La seule question est de savoir si les directives portant sur le doute raisonnable justifient la tenue d'un nouveau procès.

Les directives données en l'espèce

Il importe au départ de souligner que notre Cour n'avait pas encore rendu sa décision dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, lorsque les directives ont été données en l'espèce et que la Cour d'appel en a fait l'examen. Le juge du procès a dit au jury que même si l'expression «hors de tout doute raisonnable» pouvait susciter beaucoup de débats et de confusion, c'était en réalité une notion très simple. Il a dit que si la certitude totale, absolue, parfaite n'existait pas, la certitude hors de tout doute raisonnable était celle qui se rapprochait le plus de cet idéal. Il a expliqué que c'était un doute réel, un doute honnête, entretenu par une personne raisonnable. Il a ajouté, toutefois, que la certitude hors de tout doute raisonnable c'est un degré de certitude, celui que l'on utilise chaque jour dans ses activités importantes. Il s'est exprimé ainsi:

Qu'est-ce que c'est que le doute raisonnable? Je ne vous cacherai pas que c'est une notion de droit qui a provoqué beaucoup de débats, qui engendre beaucoup de discussions, tant de la part des avocats que des juges, et qui est la source d'une confusion bien inutile parfois. Vous allez voir que c'est quelque chose de très simple.

L'expression doute raisonnable, c'est en quelque sorte une façon de décrire un degré de certitude. Tout d'abord, vous devez constater, et évidemment accepter le fait que la certitude totale, absolue, parfaite que quelqu'un est coupable de quelque chose, ça n'existe pas. Tout comme n'existe pas dans la plupart des situations de notre vie quotidienne la certitude totale, parfaite, complète, que quelque chose, le plus loin que l'on puisse aller vers cet état idéal de certitude c'est justement la certitude hors de tout doute raisonnable.

Qu'est-ce que c'est donc qu'un doute raisonnable? Un doute raisonnable c'est d'abord et avant tout un doute réel, pas fantaisiste, pas capricieux, pas frivole. C'est un doute réel, un doute honnête entretenu dans l'esprit d'une personne raisonnable. Un doute raisonnable c'est donc un doute qui est raisonnable. C'est pas autre chose que ça. Et c'est un degré de certitude que vous utilisez chaque jour, dans vos activités importantes, que ce soit

ties. It is a degree of certainty which you employ, which you have used since you reached the age of reason, without perhaps having dissected it as we are doing at present.

Therefore, this concept of reasonable doubt is in fact an expression, or a manner, perhaps not always a good one, of expressing a degree of certainty, certainty beyond a reasonable doubt. I want to give you an example to show you that it is a degree of certainty which you use, which you employ, which you know, and which you are asked to use in determining the guilt of the accused. I am saying to you because others may read what I'm telling you, I'm giving you the example I have used for years. I will not change my example because I like it, it does the job, I will not change it.

You know that in North America, the automobile is something as essential as a refrigerator, as a telephone, because we live in a country which is very large. [Emphasis added.]

He then gave an example. It was replete with details and related with loving care the steps which should be taken in order to determine the level of oil in an automobile. He suggested that when the proper checks had been done, a person could feel certain "beyond a reasonable doubt" that there was enough oil in the car to enable it to run without damage. This example was given to illustrate the degree of certainty required by the phrase "beyond a reasonable doubt".

The trial judge went on to observe that there are many situations such as this which occur in daily life when a person reaches this requisite degree of certainty beyond a reasonable doubt about the existence of something. He stated that what is asked in the trial is that one apply just the same degree of certainty beyond a reasonable doubt in determining the guilt of the accused. He summed up his observations in this manner:

[TRANSLATION] So, when you make all the checks which a car owner normally makes, when you observe what is happening on your instrument panel when the motor is turning, I would suggest to you that you have in your mind a certainty beyond a reasonable doubt that there is

au travail, à la maison ou dans vos loisirs. C'est un degré de certitude que vous employez, que vous avez utilisé depuis que vous avez l'âge de raison, sans peut-être en avoir fait la dissection comme on le fait présentement.

Donc, ce concept du doute raisonnable c'est en définitive une expression, ou une façon, peut-être pas toujours heureuse, d'exprimer un degré de certitude, la certitude hors de tout doute raisonnable. Je veux vous donner un exemple pour vous montrer que c'est un degré de certitude que vous utilisez, que vous employez, que vous connaissez, et que l'on vous demande d'utiliser dans la détermination de la culpabilité de l'accusé. Je vous dis à vous, parce que d'autres peut-être liront ce que je vous dis, que je vous donne l'exemple que j'utilise depuis des années. Je ne change pas mon exemple parce que je l'aime, il fait mon affaire, je ne le change pas.

Vous savez que dans notre contexte nord-américain l'automobile c'est quelque chose d'aussi essentiel qu'un réfrigérateur, qu'un appareil téléphonique, parce que nous vivons dans un pays qui est très étendu. [Je souligne.]

Il a ensuite donné un exemple. Avec force détails et un soin minutieux, il a expliqué les étapes à suivre pour vérifier le niveau d'huile d'une automobile. Une fois ces vérifications faites, a-t-il dit, une personne peut être certaine «hors de tout doute raisonnable» que le niveau d'huile de la voiture est suffisant pour assurer son bon fonctionnement. Il a donné cet exemple pour illustrer le degré de certitude exigé par l'expression «hors de tout doute raisonnable».

Le juge du procès a poursuivi en faisant observer qu'il y avait dans la vie de tous les jours de nombreuses situations semblables où l'on atteint ce degré de certitude hors de tout doute raisonnable quant à l'existence de quelque chose. Ce que l'on demande dans ce procès, a-t-il dit, c'est d'appliquer justement ce même degré de certitude hors de tout doute raisonnable pour statuer sur la culpabilité de l'accusé. Il a résumé ses observations de la manière suivante:

Alors, quand vous faites toutes les vérifications que normalement un propriétaire de voiture fait, quand vous observez ce qui se déroule dans votre tableau de bord lorsque le moteur tourne, je vous suggère que vous avez dans votre esprit une certitude hors de tout doute raison-

in your automobile engine a sufficient level of oil so that it can turn without causing damage.

There are many more examples of situations, of important activities in your existence where you do in fact reach this degree of certainty beyond a reasonable doubt of the existence of something. What you are being asked here, in this trial, or in any other trial, is precisely to apply this same degree of certainty beyond a reasonable doubt to the determination of the accused's guilt.

It is true, it may perhaps seem unnecessary to spell it out for you, but it is true that one cannot make comparisons between certainty beyond a reasonable doubt that someone is guilty of something and certainty beyond a reasonable doubt that there is a sufficient level of oil in an automobile engine. There is no comparison because the things are different. You can't compare oranges with pumpkins.

However, even if the things are different, the degree of certainty that is required before concluding that someone is guilty of something, is exactly the same degree of certainty, certainty beyond a reasonable doubt, as the degree of certainty you use in important activities in your life. Reasonable doubt is no more than that, it is no less than that. [Emphasis added.]

Court of Appeal, [1997] R.J.Q. 286

5 The majority of the Court of Appeal (*per Gendreau and Baudouin JJ.A.*) was of the opinion that the example given with regard to reasonable doubt did not warrant intervention by the Court of Appeal. Fish J.A. dissenting, concluded that the trial judge misdirected the jury on the significance of the term "beyond a reasonable doubt" by comparing it to a degree of certainty used to make decisions in everyday, ordinary affairs. In his view, the misdirection on this issue was fatal to the jury's verdict.

Analysis

Examples: The Problems They May Create

6 No matter how carefully they may be crafted, examples of what may constitute proof beyond a reasonable doubt can give rise to difficulties. First, they may tend to indicate to a juror that the deci-

nable qu'il y a dans votre moteur d'automobile un niveau d'huile suffisant pour qu'il puisse tourner sans s'endommager.

On peut multiplier les exemples de situations, d'activités importantes de votre existence où justement vous atteignez ce degré de certitude hors de tout doute raisonnable de l'existence de quelque chose. Ce que l'on vous demande à l'heure actuelle, lors de ce procès ou lors de n'importe quel autre procès, c'est d'appliquer justement ce même degré de certitude hors de tout doute raisonnable à la détermination de la culpabilité de l'accusé.

Il est sûr, il peut peut-être sembler inutile de vous le préciser, mais il est sûr qu'on ne peut pas faire de comparaison entre la certitude hors de tout doute raisonnable que quelqu'un est coupable de quelque chose et la certitude hors de tout doute raisonnable qu'il y a dans un moteur d'automobile un niveau d'huile suffisant. Ça ne se compare pas parce que les objets sont différents. On ne compare pas des oranges avec des citrouilles.

Cependant, même si les objets sont différents, le degré de certitude que l'on exige avant de conclure que quelqu'un est coupable de quelque chose, c'est exactement le même degré de certitude, la certitude hors de tout doute raisonnable que le degré de certitude que vous utilisez dans les activités importantes de votre vie. Le doute raisonnable c'est pas plus que ça, c'est pas moins que ça. [Je souligne.]

Cour d'appel, [1997] R.J.Q. 286

La Cour d'appel, à la majorité (les juges Gendreau et Baudouin), a statué que l'exemple donné pour illustrer le doute raisonnable ne justifiait pas l'intervention de la Cour d'appel. Le juge Fish, dissident, a conclu que le juge du procès a donné une directive erronée au jury sur le sens de l'expression «hors de tout doute raisonnable» en la comparant au degré de certitude qu'on utilise dans les décisions de tous les jours, dans les affaires ordinaires. À son avis, la directive erronée sur ce point était fatale au verdict du jury.

Analyse

Exemples: les problèmes qu'ils peuvent créer

Aussi bien conçus soient-ils, les exemples destinés à illustrer ce qui constitue une preuve hors de tout doute raisonnable peuvent donner lieu à des difficultés. Premièrement, ils peuvent tendre à faire

sion as to whether guilt has been proven beyond a reasonable doubt can be made on the same basis as would any decision made in the course of their daily routines. The same danger exists even if these are important decisions. So often those “everyday” decisions in life are reached by utilizing a standard of probability. They are based upon experience and a consideration of routine risks and commonplace alternatives. To suggest that jurors may apply examples from everyday life in determining proof beyond a reasonable doubt can be misleading and may well lower the requisite standard. Secondly, examples tend to be applied subjectively. The consideration of an example will often vary with the life experiences and background of every individual juror. An example which may illustrate for one juror a decision of monumental importance may for another be something that is routine or even mundane.

The example used in this case does seem to suggest to jurors that they can apply the same standard they would use in everyday, routine decisions to the determination of guilt beyond a reasonable doubt. To many jurors, ascertaining the level of oil in their car may have been one of the most commonplace and mundane decisions in their everyday life. These jurors, like so many others, may well have accepted the oil level as satisfactory simply on the basis that there was no red light showing on the instrument panel. The underlined portions of the directions serve to confirm that the jury was encouraged to apply an everyday standard.

Perhaps it would help to repeat portions of the reasons in *Lifchus* which are appropriate to this decision. At paras. 23-24, the following appears:

Perhaps a consideration of how to define the expression can begin by setting out common definitions which should be avoided. For example, a reasonable doubt should not be described as an “ordinary” concept. Jurors should not be invited to apply to the determination of guilt in a criminal trial the same standard of proof that

croire à un juré que la décision quant à l’existence d’une preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable peut être prise sur le même fondement que toute autre décision de la vie quotidienne. Le danger est tout aussi grand s’il s’agit de décisions importantes. Souvent, ces décisions de la vie de «tous les jours» sont prises en fonction d’une norme de probabilité. Elles sont fondées sur l’expérience et sur la prise en compte des risques usuels et des solutions de rechange habituelles. Laisser entendre aux jurés qu’ils peuvent se baser sur des exemples tirés de la vie quotidienne pour décider s’il y a une preuve hors de tout doute raisonnable peut être trompeur et pourrait fort bien abaisser la norme requise. Deuxièmement, les exemples font entrer en jeu la subjectivité. La perception d’un exemple variera souvent suivant les expériences de vie et le bagage de chacun des jurés. Un exemple qui peut, pour un juré, illustrer une décision d’importance considérable pourra, pour un autre, illustrer une chose courante, voire banale.

L’exemple utilisé dans la présente affaire semble effectivement suggérer aux jurés qu’ils peuvent, afin de statuer sur la culpabilité hors de tout doute raisonnable, appliquer la même norme que celle qu’ils utiliseraient à l’égard des décisions courantes de la vie quotidienne. Pour nombre de jurés en effet, vérifier le niveau d’huile dans leur voiture peut compter parmi les décisions les plus ordinaires et banales de leur vie quotidienne. Ces jurés, comme tant d’autres, estiment peut-être que le niveau d’huile est satisfaisant simplement parce que le voyant rouge n’est pas allumé au tableau de bord. Les parties soulignées des directives témoignent de ce que le jury a été incité à s’en remettre à une norme de tous les jours.

Il serait peut-être utile de reprendre une partie des motifs de l’arrêt *Lifchus*, qui est pertinente quant à la présente décision. On trouve le passage suivant aux par. 23 et 24:

Peut-être pouvons-nous aborder la question de savoir comment définir l’expression en indiquant les définitions courantes qui devraient être évitées. Par exemple, le doute raisonnable ne devrait pas être décrit comme étant un concept «ordinaire». Les jurés ne devraient pas être invités, afin de statuer sur la culpabilité d’un indi-

they would apply to the decisions they are required to make in their everyday lives, or even to the most important of these decisions. In this aspect, I agree with the comments of Scott C.J.M. set out in the judgment below (at pp. 234-35):

Reasonable doubt, no matter how elusive the concept, cannot be equated to an ordinary everyday phrase. It is not, as we have seen, a “perfectly ordinary concept” — far from it. The reason for this is that the word “reasonable” can, depending on the circumstances, have two very different meanings. The first is the meaning thoroughly canvassed by Wood J.A. in *Brydon*. The other more common use is that in ordinary parlance: we hold “reasonable” views, we have “reasonable” opinions, and we make “reasonable” prognostications. This is the standard by which we make our everyday decisions and by which we habitually govern ourselves. It is a standard of probability and, often within that, at the low end of the scale. It is very different from the criminal standard of proof which requires a much higher degree of certitude to arrive at a conclusion of guilt.

To instruct the jury that reasonable doubt means nothing more than the “everyday sense” of the words is misleading and constitutes reversible error. (Emphasis added.)

Ordinarily even the most important decisions of a lifetime are based upon carefully calculated risks. They are made on the assumption that certain events will in all likelihood take place or that certain facts are in all probability true. Yet to invite jurors to apply to a criminal trial the standard of proof used for even the important decisions in life runs the risk of significantly reducing the standard to which the prosecution must be held.

9 The importance of jurors applying the appropriate standard of proof cannot be overemphasized. It is fundamental to a criminal trial. On this issue, the following appears in *Lifchus* (at paras. 27 and 41):

First, it must be made clear to the jury that the standard of proof beyond a reasonable doubt is vitally

vidu dans le cadre d’un procès criminel, à appliquer la même norme de preuve qu’ils appliqueraient à l’égard des décisions qu’ils doivent prendre dans leur vie de tous les jours, même les plus importantes de ces décisions. Sur ce point, je suis d’accord avec les commentaires formulés par le juge en chef Scott en Cour d’appel (aux pp. 234 et 235):

[TRADUCTION] Le doute raisonnable, aussi insaisissable que puisse être ce concept, ne peut être défini comme étant une expression ordinaire, de tous les jours. Il ne s’agit pas, comme nous l’avons vu, d’un «concept parfaitement ordinaire» — loin de là. La raison en est que le mot «raisonnable» peut, selon les circonstances, avoir deux sens très différents. Le premier est celui qu’a examiné de façon exhaustive le juge Wood dans *Brydon*. L’autre usage, plus courant, est celui du langage ordinaire: nous avons des points de vue «raisonnables», nous avons des opinions «raisonnables» et nous faisons des prédictions «raisonnables». Il s’agit de la norme que nous appliquons pour prendre nos décisions quotidiennes, et qui sert habituellement de règle pour notre gouverne personnelle. C’est une norme de probabilité qui, souvent, correspond à la norme la moins exigeante. Elle est très différente de la norme de preuve du droit criminel qui exige un degré de certitude beaucoup plus grand pour pouvoir tirer une conclusion de culpabilité.

Dire au jury que le doute raisonnable ne signifie rien de plus que ce que ces mots signifient dans leur «sens [. . .] de tous les jours» est trompeur et constitue une erreur donnant lieu à révision. (Je souligne.)

Ordinairement, même les plus importantes décisions dans la vie sont fondées sur des risques soigneusement calculés. Elles sont fondées sur l’hypothèse que certains événements vont vraisemblablement se produire et que certains faits sont, selon toute probabilité, avérés. Malgré tout, inviter des jurés à appliquer, dans un procès pénal, la norme de preuve que les gens utilisent pour prendre des décisions dans leur vie, même les plus importantes de ces décisions, risque de réduire de façon importante la norme à laquelle la poursuite doit être tenue.

On ne saurait trop insister sur l’importance, pour les jurés, d’appliquer la norme de preuve appropriée. C’est là une question fondamentale dans un procès pénal. Sur ce point, la Cour s’est exprimée ainsi dans l’arrêt *Lifchus* (aux par. 27 et 41):

Premièrement, il faut indiquer clairement au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable a

important since it is inextricably linked to that basic premise which is fundamental to all criminal trials: the presumption of innocence. . . . If the presumption of innocence is the golden thread of criminal justice then proof beyond a reasonable doubt is the silver and these two threads are forever intertwined in the fabric of criminal law. Jurors must be reminded that the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused committed the crime rests with the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused.

Further, it is possible that an error in the instructions as to the standard of proof may not constitute a reversible error. It was observed in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 758, that the verdict ought not be disturbed "if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply". On the other hand, if the charge as a whole gives rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof, then as a general rule the verdict will have to be set aside and a new trial directed.

Like Fish J.A., I am of the view that the directions given in this case do indeed give rise to a reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof. As a result the verdict must be set aside and a new trial directed.

Other Issues Raised

The appellant also challenged the directions of the trial judge as to consciousness of guilt and circumstantial evidence. It was also said that the conduct of the trial judge was sufficient in itself to warrant a new trial. On these issues, I am in substantial agreement with the reasons of the majority of the Court of Appeal. Whatever shortcoming there may have been with regard to these matters they would not merit a direction for a new trial.

Disposition

The appeal is allowed, the order of the Court of Appeal is set aside and a new trial is directed.

une importance vitale puisqu'elle est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux: la présomption d'innocence. [. . .] Si la présomption d'innocence est le fil d'or de la justice pénale, alors la preuve hors de tout doute raisonnable en est le fil d'argent, et ces deux fils sont pour toujours entrelacés pour former la trame du droit pénal. Il faut rappeler aux jurés que le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime incombe à la poursuite tout au long du procès, et qu'il ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé.

De plus, il est possible qu'une erreur dans les directives sur la norme de preuve ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision. Il a été précisé, dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 758, que le verdict n'a pas à être changé «si l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent». Par contre, si l'exposé, considéré dans son ensemble, soulève une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable, alors, en règle générale, le verdict doit être annulé et un nouveau procès doit être ordonné.

À l'instar du juge Fish, je suis d'avis que les directives données en l'espèce soulèvent effectivement une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris la norme applicable. En conséquence, le verdict doit être annulé et un nouveau procès doit être ordonné. 10

Autres questions soulevées

L'appelant a également attaqué les directives du juge du procès sur la conscience coupable et la preuve circonstancielle. On a également soutenu que la conduite du juge du procès justifiait en soi la tenue d'un nouveau procès. Sur ces questions, je souscris pour l'essentiel aux motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel. S'il a pu y avoir des lacunes à ces chapitres, elles ne justifient pas la tenue d'un nouveau procès. 11

Dispositif

Le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et un nouveau procès est ordonné. 12

Appeal allowed and new trial ordered.

Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonné.

Solicitors for the appellant: Pierre Poupart and Ronald Prigent, Montréal.

Procureurs de l'appelant: Pierre Poupart et Ronald Prigent, Montréal.

Solicitor for the respondent: Stéphane Lamarche, Longueuil, Quebec.

Procureur de l'intimée: Stéphane Lamarche, Longueuil, Québec.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1998 Vol. 1

3^e cahier, 1998 Vol. 1

Cited as [1998] 1 S.C.R. 315-492

Renvoi [1998] 1 R.C.S. 315-492

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1998.

CONTENTS

Fontaine v. British Columbia (Official Administrator) 424

Torts — Negligence — Res ipsa loquitur — Circumstantial evidence — Precise time, date and place of motor vehicle accident unknown — Severe weather and bad road conditions at presumed time of accident — Whether or not res ipsa loquitur applicable, and if so, effect of applying it.

J.M. Asbestos Inc. v. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles 315

Administrative law — Judicial review — Commission d'appel en matière de lésions professionnelles — Standard of review — Burden of proof — Presumption.

R. v. H. (N.G.) 318

Criminal law — Evidence — Witnesses — Credibility — Testimony of complainant containing evidence on which finding

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1998.

SOMMAIRE

Fontaine c. Colombie-Britannique (Official Administrator)..... 424

Responsabilité délictuelle — Négligence — Res ipsa loquitur — Preuve circonstancielle — Date, heure et lieu précis d'un accident de la route non connus — Intempérie et mauvais état de la route au moment présumé de l'accident — La maxime res ipsa loquitur s'applique-t-elle et, dans l'affirmative, quel est son effet?

J.M. Asbestos inc. c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles 315

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Commission d'appel en matière de lésions professionnelles — Norme de contrôle — Fardeau de preuve — Présomption.

R. c. H. (N.G.) 318

Droit criminel — Preuve — Témoins — Crédibilité — Témoignage de la plaignante contenant une preuve sur laquelle le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

of guilt could be properly based — Verdict not unreasonable — Conviction restored.

R. v. Lucas..... 439

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Accused convicted of defamatory libel — Whether defamatory libel provisions in Criminal Code infringe right to freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 298, 299, 300.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Accused convicted of defamatory libel — Whether defamatory libel provisions in Criminal Code so vague that they violate principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 298, 299, 300.

Criminal law — Defamatory libel — Mens rea — Offence of defamatory libel requiring knowledge of falsity and intention to defame — Trial judge erroneously holding that mens rea requirement satisfied by proof that accused should have known that statements were false — Whether there is sufficient evidence that accused had subjective knowledge of falsity of defamatory statements to uphold their convictions.

R. v. Nijjar..... 320

Criminal law — Trial — Charge to jury — Strong evidence — Suggested changes to directions would not change result — No substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board) 322

Constitutional law — Division of powers — Interprovincial transportation — Local works and undertakings — Firm wanting to expand collecting pipeline network and processing facilities — Processing necessary before gas transported through mainline pipeline — Whether gathering pipeline and processing facilities under federal jurisdiction by operation of s. 92(10)(a) of the Constitution Act, 1867 — If not, whether gathering pipeline and processing facilities integral to mainline transmission pipeline — Effect of s. 92A (natural resources amendment) — If proposed facilities within federal jurisdiction, whether proposed gas processing plant facilities within definition of “pipeline” in National Energy Board Act — Constitution Act, 1867, ss. 92(10)(a), 92A — National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 2.

SOMMAIRE (Fin)

verdict de culpabilité pouvait régulièrement s'appuyer — Verdict non déraisonnable — Déclaration de culpabilité rétablie.

R. c. Lucas..... 439

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Accusés déclarés coupables de libelle diffamatoire — Les dispositions du Code criminel relatives au libelle diffamatoire portent-elles atteinte au droit à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 298, 299, 300.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Accusés déclarés coupables de libelle diffamatoire — Les dispositions du Code criminel relatives au libelle diffamatoire sont-elles imprécises au point de violer les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 298, 299, 300.

Droit criminel — Libelle diffamatoire — Mens rea — Infraction de libelle diffamatoire requérant la connaissance de la fausseté et l'intention de diffamer — Juge du procès commettant un erreur en concluant que l'on a satisfait à l'exigence de mens rea par la preuve que les accusés auraient dû savoir que les déclarations étaient fausses — Y a-t-il une preuve suffisante que les accusés avaient une connaissance subjective de la fausseté des déclarations diffamatoires pour que leurs déclarations de culpabilité soient confirmées?

R. c. Nijjar..... 320

Droit criminel — Procès — Directives au jury — Preuve probante — Modifications proposées aux directives n'auraient eu aucun effet sur le résultat — Aucun tort important ou aucune erreur judiciaire — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie) 322

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Transport interprovincial — Ouvrages et entreprises de nature locale — Entreprise voulant agrandir son réseau de canalisations de collecte et ses installations de traitement — Gaz devant être traité avant d'être transporté dans la canalisation principale — Les canalisations de collecte et les installations de traitement relèvent-elles de la compétence fédérale en vertu de l'art. 92(10)a) de la Loi constitutionnelle de 1867? — Dans la négative, les canalisations de collecte et les installations de traitement font-elles partie intégrante de la canalisation de transport principale? — Effet de l'art. 92A (modification concernant les ressources naturelles) — Si les installations projetées relèvent de la compétence fédérale, les installations de traitement du gaz projetées sont-elles visées par la définition du mot «pipeline» dans la Loi sur l'Office national de l'énergie? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10)a), 92A — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 2.

Clément Guillemette Estate and Lilianne Boivert Guillemette *Appellants*

v.

J.M. Asbestos Inc. *Respondent*

and

Commission d'appel en matière de lésions professionnelles and Micheline Paquin *Mis en cause*

and

Commission de la santé et de la sécurité du travail *Intervener*

and

Confederation of National Trade Unions *Intervener*

and between

Commission d'appel en matière de lésions professionnelles *Appellant*

v.

J.M. Asbestos Inc. *Respondent*

and

Clément Guillemette Estate and Lilianne Boivert Guillemette *Mis en cause*

and

Commission de la santé et de la sécurité du travail *Intervener*

and

Confederation of National Trade Unions *Intervener*

Succession Clément Guillemette et Lilianne Boivert Guillemette *Appelantes*

c.

J.M. Asbestos inc. *Intimée*

et

Commission d'appel en matière de lésions professionnelles et Micheline Paquin *Mises en cause*

et

Commission de la santé et de la sécurité du travail *Intervenante*

et

Confédération des syndicats nationaux *Intervenante*

et entre

Commission d'appel en matière de lésions professionnelles *Appelante*

c.

J.M. Asbestos inc. *Intimée*

et

Succession Clément Guillemette et Lilianne Boivert Guillemette *Mises en cause*

et

Commission de la santé et de la sécurité du travail *Intervenante*

et

Confédération des syndicats nationaux *Intervenante*

INDEXED AS: J.M. ASBESTOS INC. v. COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES

File No.: 25617.

1998: February 23.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Judicial review — Commission d'appel en matière de lésions professionnelles — Standard of review — Burden of proof — Presumption.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1996] R.J.Q. 2444, [1996] Q.J. No. 2676 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, [1992] C.A.L.P. 1640, granting a motion in evocation of a decision of the CALP, [1991] C.A.L.P. 309. Appeal allowed.

Richard Mailhot, for the appellants the Guillemette Estate et al.

Claire Delisle and *Marie-France Bernier*, for the appellant CALP.

Philippe Casgrain, Q.C., Gérard Dugré and *Michel Towner*, for the respondent.

Maurice Cloutier, for the intervener CSST.

Edward Kravitz, for the intervener CNTU.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

¹ THE CHIEF JUSTICE — We all essentially agree with the reasons of Forget J.A. of the Quebec Court of Appeal.

² Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Quebec Court of Appeal is set aside and the decision rendered by the Commission d'appel en matière de lésions professionnelles is restored, the whole with costs throughout.

RÉPERTORIÉ: J.M. ASBESTOS INC. c. COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES

N° du greffe: 25617.

1998: 23 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Commission d'appel en matière de lésions professionnelles — Norme de contrôle — Fardeau de preuve — Présomption.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1996] R.J.Q. 2444, [1996] A.Q. n° 2676 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1992] C.A.L.P. 1640, qui avait accueilli une requête en évocation d'une décision de la CALP, [1991] C.A.L.P. 309. Pourvoi accueilli.

Richard Mailhot, pour les appelantes la succession Guillemette et autre.

Claire Delisle et *Marie-France Bernier*, pour l'appelante CALP.

Philippe Casgrain, c.r., Gérard Dugré et *Michel Towner*, pour l'intimé.

Maurice Cloutier, pour l'intervenante CSST.

Edward Kravitz, pour l'intervenante CSN.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Nous sommes tous, pour l'essentiel, d'accord, avec les motifs du juge Forget de la Cour d'appel du Québec.

En conséquence, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel du Québec est infirmé, et la décision rendue par la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles est rétablie, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants the Guillemette Estate et al.: Mailhot Drapeau, Charlesbourg.

Solicitors for the appellant CALP: Levasseur Delisle, Québec.

Solicitors for the respondent: Byers Casgrain, Montréal.

Solicitors for the intervener CSST: Panneton Lessard, Montréal.

Solicitors for the intervener CNTU: Sauvé & Roy, Montréal.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelantes la succession Guillemette et autre: Mailhot Drapeau, Charlesbourg.

Procureurs de l'appelante CALP: Levasseur Delisle, Québec.

Procureurs de l'intimée: Byers Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intervenante CSST: Panneton Lessard, Montréal.

Procureurs de l'intervenante CSN: Sauvé & Roy, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

N.G.H. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. H. (N.G.)

File No.: 25705.

1998: February 27.

Present: L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Witnesses — Credibility — Testimony of complainant containing evidence on which finding of guilt could be properly based — Verdict not unreasonable — Conviction restored.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 83 B.C.A.C. 45, 136 W.A.C. 45, [1996] B.C.J. No. 3108 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction by Collver J., [1995] B.C.J. No. 269 (QL), on charges of indecent assault and gross indecency and ordering a new trial. Appeal allowed and conviction restored. Cross-appeal dismissed.

Wendy Rubin, for the appellant.

M. Kevin Woodall and *Susan M. Coristine*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ CORY J. — On our review and analysis of the evidence we find that the British Columbia Court of Appeal erred in concluding that the trial judge misapprehended the evidence. There was evidence in the testimony of L.E. upon which the finding of guilt could be properly based.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

N.G.H. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. H. (N.G.)

N° du greffe: 25705.

1998: 27 février.

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

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

Droit criminel — Preuve — Témoins — Crédibilité — Témoignage de la plaignante contenant une preuve sur laquelle le verdict de culpabilité pouvait régulièrement s'appuyer — Verdict non déraisonnable — Déclaration de culpabilité rétablie.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 83 B.C.A.C. 45, 136 W.A.C. 45, [1996] B.C.J. No. 3108 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité prononcée par le juge Collver, [1995] B.C.J. No. 269 (QL), relativement à des accusations d'attentat à la pudeur et de grossière indécence, et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi principal accueilli et déclaration de culpabilité rétablie. Pourvoi incident rejeté.

Wendy Rubin, pour l'appelante.

M. Kevin Woodall et *Susan M. Coristine*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Après avoir examiné et analysé la preuve, nous concluons que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en statuant que le juge du procès a mal compris la preuve. Il y avait, dans le témoignage de L.E., une preuve sur laquelle le verdict de culpabilité pouvait régulièrement s'appuyer.

Much of this case turned on credibility on which the trial judge properly made clear findings particularly in accepting the complainant's testimony and rejecting that of the accused.

The appeal is therefore allowed. We agree with the British Columbia Court of Appeal that the verdict was not unreasonable and the cross-appeal is therefore dismissed.

The order of the British Columbia Court of Appeal is set aside and the conviction is restored.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the respondent: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver; Crossin & Scouten, Vancouver.

L'issue de la présente affaire dépendait, dans une large mesure, de la crédibilité au sujet de laquelle le juge du procès a tiré, à juste titre, des conclusions claires, plus particulièrement en retenant le témoignage de la plaignante et en rejetant celui de l'accusé.

En conséquence, le pourvoi est accueilli. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire que le verdict n'était pas déraisonnable et le pourvoi incident est donc rejeté.

L'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est annulée et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Jugement en conséquence.

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

Procureurs de l'intimé: Farris, Vauchan, Wills & Murphy, Vancouver; Crossin & Scouten, Vancouver.

2

3

4

Baj Singh Nijjar *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NIJJAR

File No.: 25987.

1997: February 27.

Present: Cory, McLachlin, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial — Charge to jury — Strong evidence — Suggested changes to directions would not change result — No substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 91 B.C.A.C. 185, 148 W.A.C. 185, [1997] B.C.J. No. 834 (QL), dismissing an appeal from conviction by McKinnon J. sitting with jury. Appeal dismissed.

Danny Markovitz and Bruce P. Cran, for the appellant.

John M. Gordon, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ CORY J. — Assuming, without deciding that there were errors in the charge in this case, the evidence adduced as to planning and deliberation was so strong and so overwhelming that the result would inevitably have been the same if the directions suggested by the appellant had been given. It is therefore appropriate to apply the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C.,

Baj Singh Nijjar *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. NIJJAR

N° du greffe: 25987.

1997: 27 février.

Présents: Les juges Cory, McLachlin, Major, Bastarache et Binnie.

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

Droit criminel — Procès — Directives au jury — Preuve probante — Modifications proposées aux directives n'auraient eu aucun effet sur le résultat — Aucun tort important ou aucune erreur judiciaire — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 91 B.C.A.C. 185, 148 W.A.C. 185, [1997] B.C.J. n° 834 (QL), qui a rejeté un appel formé contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge McKinnon siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

Danny Markovitz et Bruce P. Cran, pour l'appelant.

John M. Gordon, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — À supposer, sans pour autant trancher la question, qu'il y avait des erreurs dans les directives données au jury, les éléments de preuve présentés relativement à la préméditation et au propos délibéré étaient si probants et si accablants que le résultat aurait inévitablement été le même si les directives proposées par l'appelant avaient été données. Il convient donc d'appliquer

1985, c. C-46, and the appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Hogan & Company, Vancouver.

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

les dispositions du sous-al. 686(1)*b*(iii) au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le pourvoi est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Hogan & Company, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

BC Gas Utility Ltd. Appellant

v.

Westcoast Energy Inc., the National Energy Board, the Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia Respondents

and

The Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for Saskatchewan and the Attorney General for Alberta Intervenors

**INDEXED AS: WESTCOAST ENERGY INC. v. CANADA
(NATIONAL ENERGY BOARD)**

File No.: 25259.

1997: November 12; 1998: March 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Division of powers — Inter-provincial transportation — Local works and undertakings — Firm wanting to expand collecting pipeline network and processing facilities — Processing necessary before gas transported through mainline pipeline — Whether gathering pipeline and processing facilities under federal jurisdiction by operation of s. 92(10)(a) of the Constitution Act, 1867 — If not, whether gathering pipeline and processing facilities integral to mainline transmission pipeline — Effect of s. 92A (natural resources amendment) — If proposed facilities within federal jurisdiction, whether proposed gas processing plant facilities within definition of “pipeline” in National Energy Board Act — Constitution Act, 1867, ss. 92(10)(a), 92A — National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 2.

Westcoast Energy Inc. (“Westcoast”) owns and operates an integrated natural gas pipeline system which transports raw natural gas through its gathering pipelines from production fields located in the various juris-

BC Gas Utility Ltd. Appelante

c.

Westcoast Energy Inc., l’Office national de l’énergie, le procureur général du Canada et le procureur général de la Colombie-Britannique Intimés

et

Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de l’Alberta Intervenants

**RÉPERTORIÉ: WESTCOAST ENERGY INC. c. CANADA
(OFFICE NATIONAL DE L’ÉNERGIE)**

N° du greffe: 25259.

1997: 12 novembre; 1998: 19 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Transport interprovincial — Ouvrages et entreprises de nature locale — Entreprise voulant agrandir son réseau de canalisations de collecte et ses installations de traitement — Gaz devant être traité avant d’être transporté dans la canalisation principale — Les canalisations de collecte et les installations de traitement relèvent-elles de la compétence fédérale en vertu de l’art. 92(10)a) de la Loi constitutionnelle de 1867? — Dans la négative, les canalisations de collecte et les installations de traitement font-elles partie intégrante de la canalisation de transport principale? — Effet de l’art. 92A (modification concernant les ressources naturelles) — Si les installations projetées relèvent de la compétence fédérale, les installations de traitement du gaz projetées sont-elles visées par la définition du mot «pipeline» dans la Loi sur l’Office national de l’énergie? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10)a), 92A — Loi sur l’Office national de l’énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 2.

Westcoast Energy Inc. («Westcoast») possède et exploite un réseau intégré de gazoducs transportant du gaz naturel brut dans des canalisations de collecte depuis des gisements situés dans plusieurs provinces et

dictions to gas processing plants where it is processed to remove impurities. The gathering pipelines are constructed of a steel that resists the corrosion caused by the impurities in the raw gas. The processed gas is then transported through Westcoast's mainline gas transmission pipeline to delivery points within British Columbia, Alberta and the United States. The mainline pipeline is constructed of a steel that would not resist the corrosion of unprocessed gas. The gas is also processed because of safety concerns associated with shipping it through densely populated areas.

Two separate applications were made by Westcoast to the National Energy Board (the "Board") for certain exemption orders and certificates pursuant to the *National Energy Board Act* (the "Act") in respect of proposed expansions of its gathering pipeline and processing plant facilities in the Fort St. John and Grizzly Valley resource areas. The Board initially adjourned the Grizzly Valley application. On the St. John application, a majority of the three-member Board (whose expertise was not in law) held that the proposed facilities were not federal works or undertakings under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* and dismissed the application for lack of jurisdiction. In rendering their judgment they found that gas processing and gas transmission were fundamentally different activities or services.

Westcoast appealed the Fort St. John decision to the Federal Court of Appeal. It also revived its Grizzly Valley application and applied to have the Board refer jurisdictional questions to the Federal Court of Appeal. The court dealt with the Fort St. John appeal and the Grizzly Valley reference together and held unanimously that both proposed facilities were part of a single federal transportation undertaking within the jurisdiction of Parliament under s. 92(10)(a) and that they came within the definition of "pipeline" in s. 2 of the Act.

BC Gas appealed and was supported by the respondent, the Attorney General of British Columbia. The interveners, the Attorneys General of Alberta, Nova Scotia and Saskatchewan, also appeared in its support. The respondents, Westcoast and the Attorney General of Canada, appeared in support of the judgment of the Court of Appeal. The respondent Board did not participate in this appeal. The constitutional question before

territoires jusqu'à des usines où il est traité pour le débarrasser de ses impuretés. L'acier utilisé pour les canalisations de collecte est conçu pour résister à la corrosion causée par les impuretés que contient le gaz brut. Le gaz épuré est ensuite transporté dans la canalisation principale de Westcoast jusqu'à des points de livraison en Colombie-Britannique, en Alberta et aux États-Unis. La canalisation principale est faite d'acier qui n'est pas conçu pour résister à la corrosion causée par le gaz non traité. Le gaz est également traité pour des raisons de sécurité concernant son transport à travers des secteurs à forte densité de population.

Deux demandes distinctes ont été présentées par Westcoast à l'Office national de l'énergie (l'«Office») en vue d'obtenir, conformément à la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (la «Loi»), des certificats d'exemption et des ordonnances à l'égard des projets d'agrandissement des installations de collecte et de traitement de Westcoast dans les régions de ressources Fort St. John et Grizzly Valley. Initialement, la demande de Westcoast relative au projet Grizzly Valley a été ajournée. Dans une décision rendue à la majorité, la formation de trois membres de l'Office (dont le champ d'expertise n'était pas le droit) a statué que les installations projetées ne constituaient pas des ouvrages ou entreprises de nature fédérale au sens de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et a rejeté la demande pour absence de compétence. Dans leur décision, ils ont conclu que le traitement du gaz et le transport du gaz étaient des activités ou services fondamentalement différents.

Westcoast a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale de la décision rendue relativement au projet Fort St. John. Elle a également fait renaître sa demande concernant le projet Grizzly Valley et a demandé à l'Office de renvoyer les questions de compétence à la Cour d'appel fédérale. La cour a examiné simultanément l'appel relatif au projet Fort St. John et le renvoi concernant le projet Grizzly Valley, et elle a statué à l'unanimité que les installations projetées dans les deux cas faisaient partie d'une entreprise de transport fédérale unique relevant de la compétence reconnue au Parlement par l'al. 92(10)a), et que ces installations étaient visées par la définition de «pipeline» à l'art. 2 de la Loi.

BC Gas a interjeté le présent pourvoi, appuyée par le procureur général de la Colombie-Britannique. Les intervenants — les procureurs généraux de l'Alberta, de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan — ont également comparu à son soutien. Les intimés Westcoast et procureur général du Canada ont comparu pour défendre l'arrêt de la Cour d'appel. L'Office intimé n'a pas participé au présent pourvoi. La question constitutionnelle

the Court queried whether, given the division of constitutional authority, several sections of the Act applied to the proposed facilities at (a) Fort St. John and (b) at Grizzly Valley. Among the issues to be decided were the degree of curial deference owed to the Board's finding that gas processing and gas transmission are fundamentally different activities, whether the proposed gathering pipeline and gas processing facilities came within the jurisdiction of Parliament under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*, and, if so, whether the proposed gas processing plant facilities came within the definition of "pipeline" in s. 2 of the Act.

Held (McLachlin J. dissenting): The appeal should be dismissed. The constitutional question should be answered in the affirmative.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: Questions of mixed law and fact are to be accorded some measure of deference, but not in every case. It would be particularly inappropriate to defer to a tribunal whose expertise lies completely outside the realm of legal analysis on a question of constitutional interpretation. Questions of this type must be answered correctly and are subject to being overridden by the courts.

Here, the characterization of processing and gathering as independent activities was not a pure finding of fact in the true sense, but rather, one of mixed fact and law as an inference was drawn from other, detailed findings related to the natural gas industry and the business operations of Westcoast. It was meant as a partial answer to the core constitutional question at issue, whether Westcoast's operations constituted a single undertaking or multiple undertakings, and therefore went beyond simply being a statement of the facts of the natural gas industry or the business of Westcoast. Rather, it was an opinion as to the constitutional significance of these facts. The Board was not entitled to deference because of the nature of the legal question answered.

The Court of Appeal owed no deference to the Board's conclusion as to the constitutional effect of its finding that Westcoast was carrying out different activities because the issue was a pure question of law, which

soumise à la Cour était de savoir si, compte tenu du partage constitutionnel des pouvoirs législatifs, divers articles de la Loi s'appliquaient aux installations projetées dans les régions de a) Fort St. John et b) Grizzly Valley. Le présent pourvoi soulevait trois questions litigieuses: Quel est le degré de retenue judiciaire dont il convient de faire montre à l'égard de la conclusion de l'Office que le traitement du gaz et le transport du gaz sont des activités fondamentalement différentes? Les canalisations de collecte et les installations de traitement du gaz projetées relèvent-elles de la compétence du Parlement en vertu de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Dans l'affirmative, les installations de traitement du gaz projetées sont-elles visées par la définition de «pipeline» à l'art. 2 de la Loi?

Arrêt (le juge McLachlin est dissidente): Le pourvoi est rejeté. La question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Major et Bastarache: Il faut faire montre d'un certain degré de retenue à l'égard des questions mixtes de droit et de fait, mais pas dans tous les cas. Il serait particulièrement inapproprié, relativement à une question d'interprétation constitutionnelle, de faire montre de retenue à l'égard de la décision d'un tribunal dont le champ d'expertise est tout à fait distinct du domaine de l'analyse juridique. Les tribunaux administratifs doivent répondre correctement aux questions de cette nature, à défaut de quoi leurs décisions sont susceptibles d'annulation par les cours de justice.

En l'espèce, le fait de qualifier d'activités indépendantes le traitement et la collecte du gaz ne constituait pas une conclusion de fait proprement dite, mais plutôt une conclusion de droit et de fait, car une inférence a été faite à partir d'autres conclusions détaillées concernant l'industrie du gaz naturel et les activités commerciales de Westcoast. Elle se voulait une réponse partielle à la question constitutionnelle fondamentale en cause, savoir si les activités de Westcoast constituaient une ou plusieurs entreprises et, en conséquence, cette inférence n'était pas un simple exposé de faits concernant l'industrie du gaz naturel ou les activités de Westcoast. Il s'agissait plutôt d'une opinion sur l'importance constitutionnelle de ces faits. Il n'était pas nécessaire de faire montre de retenue envers l'Office, compte tenu de la nature de la question de droit qui devait être tranchée.

La Cour d'appel n'avait pas à faire montre de retenue à l'égard de la conclusion de l'Office quant à l'effet, sur le plan constitutionnel, de la conclusion de celui-ci que Westcoast exerçait différentes activités, puisqu'il s'agis-

was wholly outside the Board's otherwise considerable expertise. The court properly applied the standard of correctness in reviewing the Board's ultimate decision. It did, however, accept the Board's factual conclusion as to the different activities carried on by Westcoast.

Undertakings may come within federal jurisdiction in one of two ways: (1) if they constitute a single federal work or undertaking, or (2) if they do not, if they are integral to the core federal transportation or communication facility. Westcoast's gathering pipelines, processing plants and mainline transmission pipeline, of which the proposed Fort St. John and Grizzly Valley facilities would form part, constitute a single federal transportation undertaking within the exclusive jurisdiction of Parliament under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. Since the first test was met, it was not necessary to consider whether the proposed facilities would be essential, vital and integral to the mainline transmission pipeline under the second test.

In order for several operations, carrying on different activities, to be considered a single federal undertaking for the purposes of s. 92(10)(a), they must be functionally integrated and subject to common management, control and direction. Common ownership must be coupled with functional integration and common management and a physical connection must be coupled with an operational connection. A close commercial relationship is insufficient. The inquiry into whether various operations are functionally integrated and managed in common requires a careful examination of the factual circumstances of any given case. The manner in which the undertaking might have been structured or the manner in which other similar undertakings are carried on is irrelevant. The fact that one aspect of a business is dedicated exclusively or even primarily to the operation of the core interprovincial undertaking is an indication of the type of functional integration that is necessary for a single undertaking to exist. However, it remains only one factor to consider and may not be sufficient by itself. It is the overall degree of functional integration and common management which must be assessed.

The fact that an activity or service is not of a transportation or communications character does not preclude a finding that it is a single federal undertaking

sait purement d'une question de droit ne relevant absolument pas du champ d'expertise par ailleurs considérable de l'Office. La cour a à bon droit appliqué la norme de la décision correcte à la décision ultime de l'Office. Elle a cependant accepté la conclusion de fait de l'Office quant aux différentes activités exercées par Westcoast.

Les entreprises peuvent, de l'une ou l'autre de deux façons, relever de la compétence du fédéral: (1) elles constituent une entreprise ou un ouvrage fédéral unique, (2) dans le cas contraire, elles font partie intégrante de l'entreprise fédérale principale de transport ou de communication. Les canalisations de collecte, les usines de traitement et la canalisation de transport principale de Westcoast, dont feraient partie les installations projetées à Fort St. John et Grizzly Valley, constituent une entreprise de transport fédérale unique relevant de la compétence exclusive du Parlement prévue à l'al. 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme il a été satisfait au premier volet du critère, il est inutile d'examiner la question de savoir si les installations projetées seraient un élément essentiel, vital et fondamental de la canalisation de transport principale, conformément au deuxième volet du critère.

Pour être considérées comme une entreprise fédérale unique pour l'application de l'al. 92(10)(a), les diverses exploitations visées, lesquelles s'adonnent à des activités différentes, doivent être intégrées sur le plan fonctionnel et assujetties à une gestion, à une direction et à un contrôle communs. Outre un propriétaire unique, il doit y avoir intégration fonctionnelle et gestion commune, et le lien physique doit être assorti d'un lien opérationnel. L'existence de rapports commerciaux étroits ne suffit pas. L'analyse de la question de savoir si diverses exploitations sont intégrées du point de vue fonctionnel et gérées en commun commande un examen minutieux des faits propres à chaque espèce. La façon dont l'entreprise aurait pu être structurée ou celle dont d'autres entreprises analogues sont exploitées ne sont pas pertinentes. Le fait que l'un des aspects des activités soit affecté exclusivement ou même principalement à l'exploitation de l'entreprise interprovinciale principale est un indice du type d'intégration fonctionnelle nécessaire à l'existence d'une entreprise unique. Cependant, il s'agit seulement d'un des facteurs à considérer et qui, par ailleurs, peut ne pas être suffisant à lui seul. Ce qu'il faut évaluer, c'est le degré général d'intégration fonctionnelle et de gestion commune.

Le fait qu'une activité ou un service ne participe pas du transport ou des communications n'empêche pas de conclure, dans le cadre du premier volet du critère, qu'il

under the first test. Although it may be impossible to formulate in the abstract a single comprehensive test, it is not impossible to identify certain *indicia* which will assist in the s. 92(10)(a) analysis. The primary factor to consider is whether the various operations are functionally integrated and subject to common management, control and direction. The absence of these characteristics will, in all likelihood, determine that the operations are not part of the same interprovincial undertaking, although the converse will not necessarily be true. Other relevant questions, though not determinative, will include whether the operations are under common ownership (perhaps as an indicator of common management and control), and whether the goods or services provided by one operation are for the sole benefit of the other operation and/or its customers, or whether they are generally available. Because of the factual nature of this determination, evidence of the ordinary way in which business is conducted within a particular industry will not be particularly relevant. In the instant case, it is precisely because Westcoast's business is exceptional that it was concluded that it comprises a single federal undertaking.

The fact that Westcoast's gathering pipelines and processing plants are physically connected to the mainline transmission pipeline is insufficient by itself to conclude that they constitute a single federal undertaking. Further, the fact that Westcoast owns all of these facilities is insufficient. However, the description of the business and facilities of Westcoast demonstrates that it manages them in common as a single enterprise which is functionally integrated. Westcoast facilities and personnel are subject to common control, direction and management, and are operated in a coordinated manner. Moreover, the primary purpose of processing the raw gas, from the perspective of Westcoast, is to facilitate its transmission through the Westcoast mainline transmission pipeline. Virtually all processing provided by Westcoast is of gas which is subsequently delivered into this transmission line.

The finding by the Board that interdependence and coordination is a necessary feature of the natural gas industry was not a valid basis for concluding that Westcoast does not operate a single federal undertaking. The facts demonstrate that, above and beyond this coordination, Westcoast also operates the gathering pipelines, processing plants and mainline transmission pipeline in common as a single enterprise. Simply put, the

s'agit d'une entreprise fédérale unique. Bien qu'il puisse être impossible de formuler, en l'absence de contexte, un seul critère qui soit complet, il n'est pas impossible de dégager certains indices qui seront utiles dans l'analyse fondée sur l'al. 92(10)a). Le principal facteur à considérer est la question de savoir si les diverses activités visées sont intégrées sur le plan fonctionnel et si elles sont assujetties à une gestion, à une direction et à un contrôle communs. En toute probabilité, l'absence de ces facteurs établira que les activités visées ne font pas partie de la même entreprise interprovinciale, même si l'inverse ne sera pas nécessairement vrai. Parmi les autres questions pertinentes, quoique non déterminantes, mentionnons celles de savoir s'il n'existe qu'un seul propriétaire (peut-être en tant qu'indice d'une gestion et d'un contrôle communs) et si les biens ou les services fournis dans le cadre d'une entreprise le sont pour le seul bénéfice de l'autre entreprise ou de ses clients, ou des deux à la fois, ou s'ils sont disponibles de façon générale. Vu la nature factuelle de cette détermination, la preuve de la pratique courante des affaires dans une industrie donnée ne sera pas particulièrement pertinente. En l'espèce, c'est précisément le caractère exceptionnel des activités de Westcoast qui amène la conclusion qu'elles constituent une entreprise fédérale unique.

Le fait que les canalisations de collecte et les usines de traitement de Westcoast soient physiquement reliées à sa canalisation de transport principale est insuffisant en soi pour permettre de conclure qu'elles constituent une entreprise fédérale unique. En outre, le fait que Westcoast soit propriétaire de toutes ces installations est également insuffisant. Cependant, la description des activités et des installations de Westcoast démontre qu'elle gère celles-ci en commun en tant qu'entreprise unique intégrée sur le plan fonctionnel. Les installations et le personnel de Westcoast sont assujettis à une gestion, à une direction et à un contrôle communs, et l'entreprise est exploitée d'une manière coordonnée et intégrée. De plus, du point de vue de Westcoast, l'objectif principal du traitement du gaz brut est de faciliter le transport de celui-ci dans la canalisation principale de Westcoast. Pratiquement tout le gaz résiduaire traité dans les usines de Westcoast est livré à cette canalisation.

La conclusion de l'Office que l'interdépendance et la coordination sont une facette essentielle de l'industrie du gaz naturel n'était pas un fondement valable pour conclure que Westcoast n'exploite pas une entreprise fédérale unique. Il ressort des faits que, au-delà de la coordination décrite précédemment, Westcoast exploite en commun, en tant qu'entreprise unique, les canalisations de collecte, les usines de traitement et la canalisa-

facilities are subject to common control, direction and management by Westcoast. This distinguishes the Westcoast undertaking from others in the natural gas industry.

Parliament did not give up its declaratory power over interprovincial transportation undertakings under s. 92(10)(a) when s. 92A of the *Constitution Act, 1867* was added to the Constitution in 1982. The resource amendment increased provincial power with respect to the raising of revenues from resources and to regulating the development and production of resources without diminishing Parliament's pre-existing powers. Section 92A does not derogate from Parliament's jurisdiction under s. 92(10)(a). Federal jurisdiction under s. 92(10)(a) is premised on a finding that an interprovincial transportation undertaking exists whereas s. 92A(1)(b) is with the "development, conservation and management" of these resources within the province and not the transportation of natural resources beyond the province. Section 92A(1)(b) cannot extend provincial jurisdiction to include the regulation of the interprovincial transportation of natural gas through these facilities.

Westcoast's processing plants are subject to the Board's jurisdiction by virtue of the overall scheme of the *National Energy Board Act* and its definition of "pipeline". Its wording is very broad and quite adequate to cover processing plants.

Per McLachlin J. (dissenting): A work or undertaking may fall within the s. 92(10)(a) in two ways: (1) it may itself be an interprovincial work or undertaking and (2) if it does not itself make an interprovincial connection, it may fall under federal jurisdiction by virtue of its relationship to an interprovincial work or undertaking. To say that a work or undertaking can fall within the residual clause of s. 92(10)(a) by (1) being part of a single integrated interprovincial work or undertaking, and, (2) being "integral" to an interprovincial work or undertaking, amounts to the same thing for the inquiry under either alternative is whether the work or undertaking is part of an integrated scheme. The two branches of the test do not duplicate, however, if the residual clause of s. 92(10)(a) applies where the work or undertaking at issue (1) is itself an interprovincial work or undertaking (primary instance) or (2) is functionally integrated with

tion de transport principale. En termes simples, les installations sont assujetties à une gestion, à une direction et à un contrôle communs par Westcoast. C'est ce qui distingue l'entreprise de Westcoast d'autres entreprises au sein de l'industrie du gaz naturel.

Le Parlement n'a pas renoncé à son pouvoir déclaratoire sur les entreprises de transport interprovincial visées à l'al. 92(10)a) lorsque l'art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été ajouté à la Constitution en 1982. La modification concernant les ressources a accru la compétence des provinces relativement à la collecte de revenus tirés des ressources et à la réglementation de l'aménagement et de la production de ces dernières, et ce, sans diminuer les pouvoirs fédéraux préexistants. L'article 92A ne porte pas atteinte à la compétence conférée au Parlement par l'al. 92(10)a). La reconnaissance de la compétence du fédéral en vertu de l'al. 92(10)a) est tributaire de la conclusion préalable qu'il existe une entreprise de transport interprovincial, alors que l'al. 92A(1)b) ne porte pas sur le transport des ressources naturelles au-delà des limites de la province, mais plutôt sur l'«exploitation, [la] conservation et [la] gestion» de ces ressources dans les limites de la province. L'alinéa 92A(1)b) ne peut élargir la compétence de la province de manière à inclure la réglementation du transport interprovincial du gaz naturel dans ces installations.

Les usines de traitement de Westcoast sont assujetties à la compétence de l'Office par l'effet de l'économie générale de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et de la définition de «pipeline» qui y figure. Les termes utilisés dans la définition sont très généraux et tout à fait aptes à englober les usines de traitement.

Le juge McLachlin (dissidente): Un ouvrage ou une entreprise peut relever de deux façons de l'al. 92(10)a): (1) l'ouvrage ou l'entreprise en cause peut être lui-même un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale; (2) si l'ouvrage ou l'entreprise en cause n'est pas lui-même un lien interprovincial, il peut relever de la compétence du fédéral en raison de son lien avec un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale. Affirmer qu'un ouvrage ou une entreprise peut relever de la clause résiduelle de l'al. 92(10)a) (1) soit en faisant partie d'un ouvrage ou d'une entreprise unique et intégré de nature interprovinciale, (2) soit en faisant «partie intégrante» d'un ouvrage ou d'une entreprise de nature interprovinciale, revient au même lorsqu'il s'agit de décider, dans l'un ou l'autre cas, si l'ouvrage ou l'entreprise fait partie d'un système intégré. Cependant, les deux volets du critère ne font pas double emploi si la clause résiduelle de l'al. 92(10)a) s'applique à l'une ou l'autre des deux situations suivantes, savoir lorsque

an interprovincial work or undertaking (secondary instance).

No primary instance occurred here. The processing plants are not in themselves works connecting one province to another. The mere fact that these plants are to separate, refine and produce and are ultimately connected to an interprovincial transportation grid does not convert them into an interprovincial means of transportation.

The functional integration required by the secondary instance is informed by the framework of the Constitution and the functional integration test and other factors indicated in the jurisprudence.

The Constitution is clear. The provinces have the right to control works and undertakings within their boundaries, including facilities related to the production of resources. Exceptionally, and only to the extent required to maintain interprovincial transportation and communication networks, the federal government, through s. 92(10)(a), has the power to regulate provincial works and undertakings. This interpretation is strengthened and confirmed by s. 92A.

The functional integration test requires that the local work or undertaking essentially function as part of the interprovincial entity by virtue of its relationship with it and that it lose its distinct character. Functional integration requires more than a demonstration that the provincial work functions as part of a "unified system" in which the constituent parts of the system retain their identities. Functional integration is established if the dominant character of the local work or undertaking, considered functionally and in the industry context, is transformed by its connection to the interprovincial enterprise, from that of a local work or undertaking with a distinct local character, into that of an interprovincial transportation or communications undertaking. In determining whether the test has been met, the court must examine the substance of the activity being carried on. The suggested procedure is to identify the core federal work or undertaking to which the local entity is said to be integral, then examine the physical and operational character of the provincial work or undertaking, and its

l'ouvrage ou l'entreprise en cause est (1) soit lui-même un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale (la première situation), (2) soit fonctionnellement intégré à un ouvrage ou à une entreprise de nature interprovinciale (la deuxième situation).

Le présent cas ne relève pas de la première situation. Les usines de traitement ne sont pas elles-mêmes des ouvrages reliant une province à une autre. Le simple fait que les usines aient pour fonction de séparer, raffiner et produire, et qu'elles soient reliées à un réseau de transport interprovincial ne fait pas d'elles un moyen de transport interprovincial.

L'intégration fonctionnelle requise dans la deuxième situation est fondée sur le cadre établi par la Constitution ainsi que sur le critère de l'intégration fonctionnelle et les autres facteurs indiqués par la jurisprudence.

La Constitution est claire. Ce sont les provinces qui ont l'autorité sur les ouvrages et entreprises situés sur leur territoire, y compris les installations liées à la production tirée des ressources. À titre exceptionnel, et seulement dans la mesure requise pour maintenir des réseaux de transport et de communication interprovinciaux, le gouvernement fédéral est investi par l'al. 92(10)(a) du pouvoir de réglementer des ouvrages et entreprises de nature provinciale. Cette interprétation est renforcée et confirmée par l'art. 92A.

Le critère de l'intégration fonctionnelle exige que, en raison de son lien avec l'ouvrage ou l'entreprise de nature interprovinciale, l'ouvrage ou l'entreprise de nature locale soit essentiellement exploité en tant que partie de l'entité interprovinciale et perde son caractère distinct. L'intégration fonctionnelle exige plus que la démonstration que l'ouvrage provincial fait partie d'un «réseau unifié» dont les éléments constitutifs conservent leur identité propre. L'intégration fonctionnelle est établie si l'examen du caractère dominant de l'ouvrage ou l'entreprise de nature locale en cause, considéré sur le plan fonctionnel et dans le contexte de l'industrie, révèle que, en raison de son lien avec l'entreprise interprovinciale, l'ouvrage ou l'entreprise en cause a perdu son caractère local distinct pour prendre celui d'une entreprise interprovinciale de transport ou de communication. Pour décider si le critère a été respecté, le tribunal doit examiner la substance de l'activité exercée. La méthode proposée consiste à identifier l'ouvrage principal ou l'entreprise principale de nature fédérale dont on dit que l'entité locale fait partie intégrante, puis à examiner le caractère matériel et opérationnel de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature provinciale, ainsi que son lien pratique ou fonctionnel avec l'activité principale ou le

practical or functional relationship to the core operation or character of the federal work or undertaking.

A comprehensive factor-based test is elusive. Common management, common ownership and coordination, and dependency of the interprovincial enterprise on the local enterprise are among those factors which may prove useful.

Since the ultimate question in this appeal went to the heart of the Board's jurisdiction, the standard is one of correctness and no deference is owed. The courts may still owe deference to the Board on matters of fact falling within the Board's area of expertise.

The determination of the dominant character of the processing plants required an in-depth knowledge of the natural gas industry and the role processing plants play in that industry. The majority of the Board applied the correct legal test and correctly concluded that while the processing plants and the interprovincial pipeline might be viewed as a unified system, they nevertheless retained their distinct non-transportation identity and hence were not essential or integral, in the required constitutional sense, to the interprovincial pipeline. As a consequence, the processing plants remained under provincial jurisdiction.

It was not necessary to consider if the processing plants came within the definition of "pipeline" in the *National Energy Board Act*.

Cases Cited

By Iacobucci and Major JJ.

Applied: *United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 S.C.R. 1112; **considered:** *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122; *Luscar Collieries, Ltd. v. McDonald*, [1927] A.C. 925; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada (No. 1)*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541; *Dome Petroleum Ltd. v. National Energy Board* (1987), 73 N.R. 135; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327; **distinguished:** *Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies*

caractère principal de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature fédérale.

Il est difficile d'établir un critère exhaustif fondé sur l'application de facteurs donnés. La gestion commune, un propriétaire unique, la coordination des activités et la dépendance de l'entreprise interprovinciale vis-à-vis de l'entreprise locale sont certains des facteurs qui peuvent se révéler utiles.

Étant donné que la question qui se pose dans le présent pourvoi touche au cœur de la compétence de l'Office, la norme est celle de la décision correcte et il n'y a pas lieu de faire montre de retenue. Les cours de justice peuvent néanmoins avoir à faire montre de retenue à l'égard des décisions de l'Office sur les questions de fait relevant de son champ d'expertise.

La détermination du caractère dominant des usines de traitement exige une connaissance approfondie de l'industrie du gaz naturel et du rôle que les usines de traitement y jouent. Les membres majoritaires de l'Office ont appliqué le bon critère juridique et ont à juste titre conclu que, bien que les usines de traitement et le pipeline interprovincial puissent être considérés comme un réseau unifié, les usines conservaieent néanmoins leur identité propre, qui n'est pas le transport, et que, par conséquent, elles n'étaient pas une partie essentielle ou intégrante — au sens requis par la Constitution — du pipeline interprovincial. En conséquence, les usines de traitement restaient assujetties à la compétence de la province.

Il n'était pas nécessaire de se demander si les usines de traitement étaient visées par la définition de « pipeline » dans la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Major

Arrêt appliqué: *Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 R.C.S. 1112; **arrêts examinés:** *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122; *Luscar Collieries, Ltd. c. McDonald*, [1927] A.C. 925; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada (n° 1)*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541; *Dome Petroleum Ltd. c. Office national de l'énergie* (1987), 73 N.R. 135; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; **distinction d'avec l'arrêt:** *Com-*

Ltd., [1977] 1 S.C.R. 322; referred to: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] S.C.R. 207; *City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333; *Re Regulation & Control of Radio Communication*, [1932] 2 D.L.R. 81; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] S.C.R. 434; *The Queen v. Nova, An Alberta Corporation*, [1988] 2 C.T.C. 167.

By McLachlin J. (dissenting)

United Transportation Union v. Central Western Railway Corp., [1990] 3 S.C.R. 1112; *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] S.C.R. 207; *National Energy Board (Re)*, [1988] 2 F.C. 196; *City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122; *Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 322; *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada (No. 1)*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *City of Toronto v. Bell Telephone Company of Canada*, [1905] A.C. 52; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communications Workers of Canada (No. 2)*, [1983] 1 S.C.R. 733; *British Columbia Electric Railway Co. v. Canadian National Railway Co.*, [1932] S.C.R. 161; *Kootenay & Elk Railway Co. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1974] S.C.R. 955; *Luscar Collieries, Ltd. v. McDonald*, [1927] A.C. 925; *The Queen v. Board of Transport Commissioners*, [1968] S.C.R. 118; *In re Cannel Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 F.C. 174; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825.

pagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Nor-Min Supplies Ltd., [1977] 1 R.C.S. 322; arrêts mentionnés: *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207; *City of Montreal c. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333; *Re Regulation & Control of Radio Communication*, [1932] 2 D.L.R. 81; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *The King c. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] R.C.S. 434; *La Reine c. Nova, An Alberta Corporation*, [1988] 2 C.T.C. 167.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp., [1990] 3 R.C.S. 1112; *Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207; *Office national de l'énergie (Re)*, [1988] 2 C.F. 196; *City of Montreal c. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 322; *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada (n° 1)*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *City of Toronto c. Bell Telephone Company of Canada*, [1905] A.C. 52; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada (n° 2)*, [1983] 1 R.C.S. 733; *British Columbia Electric Railway Co. c. Canadian National Railway Co.*, [1932] R.C.S. 161; *Kootenay & Elk Railway Co. c. Compagnie du Chemin de Fer Canadien du Pacifique*, [1974] R.C.S. 955; *Luscar Collieries, Ltd. c. McDonald*, [1927] A.C. 925; *The Queen c. Board of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118; *In re Cannel Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 C.F. 174; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a), (c), (13), (16), 92A(1)(b), (c), (5), Sixth Schedule, s. 1.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.3(1) [ad. 1990, c. 8, s. 5], 28(1)(f) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 8], (2) [*idem*].
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 2 "pipeline" [rep. & sub. c. 28 (3rd Supp.), s. 299], 12, 22, 29, 30, 31, 33, 47(1) [am. 1996, c. 10, s. 237.1], (2), 52 [rep. & sub. 1990, c. 7, s. 18], 58 [am. 1990, c. 7, s. 22], 59.

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).
 La Forest, Gerard V. *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*. Ottawa: Department of Regional Economic Expansion, 1973.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1996] 2 F.C. 263, 134 D.L.R. (4th) 114, 193 N.R. 321, [1996] F.C.J. No. 160 (QL), allowing an appeal on questions of jurisdiction from a judgment of the National Energy Board. Appeal dismissed, McLachlin J. dissenting.

W. S. Martin and C. B. Johnson, for the appellant.

W. Ian C. Binnie, Q.C., Robin M. Sirett and Bruce E. Pydee, for the respondent Westcoast Energy Inc.

Peter W. Noonan and Lori Ann B. Boychuk, for the respondent the National Energy Board.

Judith Bowers, Q.C., and Simon Fothergill, for the respondent the Attorney General of Canada.

George H. Copley, Q.C., for the respondent the Attorney General of British Columbia.

Written submission only by *Michael S. McPhee* for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a), c), (13), (16), 92A(1)b), c), (5), sixième annexe, art. 1.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.3(1) [aj. 1990, ch. 8, art. 5], 28(1)f) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 8], (2) [*idem*].
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 2 «pipeline» [abr. & rempl. ch. 28 (3^e suppl.), art. 299], 12, 22, 29, 30, 31, 33, 47(1) [mod. 1996, ch. 10, art. 237.1], (2), 52 [abr. & rempl. 1990, ch. 7, art. 18], 58 [mod. 1990, ch. 7, art. 22], 59.

Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).

La Forest, Gerard V. *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*. Ottawa: Department of Regional Economic Expansion, 1973.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1996] 2 C.F. 263, 134 D.L.R. (4th) 114, 193 N.R. 321, [1996] A.C.F. n° 160 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté contre une décision de l'Office national de l'énergie relativement à des questions de compétence. Pourvoi rejeté, le juge McLachlin est dissidente.

W. S. Martin et C. B. Johnson, pour l'appelante.

W. Ian C. Binnie, c.r., Robin M. Sirett et Bruce E. Pydee, pour l'intimée Westcoast Energy Inc.

Peter W. Noonan et Lori Ann B. Boychuk, pour l'intimé l'Office national de l'énergie.

Judith Bowers, c.r., et Simon Fothergill, pour l'intimé le procureur général du Canada.

George H. Copley, c.r., pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Michael S. McPhee*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Written submission only by *Thomson Irvine* for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Robert J. Normey and Jill Page, for the intervener the Attorney General for Alberta.

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

IACOBUCCI AND MAJOR JJ. —

I. Introduction

¹ The principal issue in this appeal is whether certain proposed natural gas gathering pipeline and processing plant facilities form part of a federal natural gas pipeline transportation undertaking under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. The appeal also raises the subsidiary issues of whether natural gas processing plants come within the definition of "pipeline" in s. 2 of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, and what degree of curial deference is owed to the National Energy Board on questions involving its constitutional jurisdiction.

II. Procedural Background

² The respondent, Westcoast Energy Inc. ("Westcoast"), owns and operates an integrated natural gas pipeline system. Raw natural gas is received from production fields located in the Yukon, the Northwest Territories, Alberta and British Columbia and transported through gathering pipelines to gas processing plants where it is processed to remove impurities. The processed gas is transported through Westcoast's mainline gas transmission pipeline to delivery points within British Columbia, Alberta and the United States.

³ This appeal arises out of two separate applications by Westcoast to the National Energy Board (the "Board") for certain exemption orders and

Argumentation écrite seulement par *Thomson Irvine*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert J. Normey et Jill Page, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

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

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR —

I. Introduction

La principale question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si la canalisation de collecte de gaz naturel et les installations de traitement dont l'aménagement est projeté font partie d'une entreprise fédérale de transport de gaz naturel par pipeline visée à l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le pourvoi soulève également les deux questions subsidiaires suivantes: premièrement, les usines de traitement du gaz naturel sont-elles visées par la définition de «pipeline» à l'art. 2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7? Deuxièmement, quel est le degré de retenue judiciaire dont il convient de faire montre à l'égard des décisions de l'Office national de l'énergie sur des questions touchant à sa compétence constitutionnelle?

II. L'historique des procédures judiciaires

L'intimée Westcoast Energy Inc. («Westcoast») possède et exploite un réseau intégré de gazoducs. Le gaz naturel brut, qui provient de gisements situés au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest, ainsi qu'en Alberta et en Colombie-Britannique, est transporté dans des canalisations de collecte jusqu'à des usines où il est traité afin de le débarrasser de ses impuretés. Le gaz épuré est ensuite transporté dans la canalisation principale de Westcoast jusqu'à des points de livraison en Colombie-Britannique, en Alberta et aux États-Unis.

Le présent pourvoi fait suite à deux demandes distinctes présentées par Westcoast à l'Office national de l'énergie (l'«Office») en vue d'obtenir,

certificates pursuant to the *National Energy Board Act* in respect of proposed expansions of Westcoast's gathering pipeline and processing plant facilities in the Fort St. John and Grizzly Valley resource areas, respectively. Westcoast initially adjourned the Grizzly Valley application. The Board held a hearing for the Fort St. John application at which the appellant, BC Gas Utility Ltd. ("BC Gas"), challenged its jurisdiction by arguing that the proposed Fort St. John facilities were not federal works or undertakings under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. In the alternative, BC Gas contended that the *National Energy Board Act* did not apply to the proposed gas processing plant facilities because they did not come within the definition of "pipeline" in s. 2 of the Act. A majority of the three-member Board held that the proposed facilities were not federal works or undertakings under s. 92(10)(a) and dismissed Westcoast's application for lack of jurisdiction.

Westcoast appealed to the Federal Court of Appeal. It also revived its Grizzly Valley application, and applied to have the Board refer the jurisdictional questions raised by BC Gas to the Federal Court of Appeal pursuant to ss. 18.3 and 28(2) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. The Board issued Order No. MO-21-95 stating the findings of fact relevant to the following questions, which were referred to the Federal Court of Appeal:

- (1) Are the facilities proposed to be constructed and operated by Westcoast Energy Inc. within the jurisdiction of the Parliament of Canada pursuant to the *Constitution Acts, 1867 to 1982*?
- (2) If so, do such facilities fall within the definition of "pipeline" in section 2 of the *National Energy Board Act*?

The Federal Court of Appeal dealt with the Fort St. John appeal and the Grizzly Valley reference

conformément à la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, des certificats d'exemption et des ordonnances à l'égard des projets d'agrandissement des installations de collecte et de traitement de Westcoast dans les régions de ressources Fort St. John et Grizzly Valley respectivement. Initialement, la demande de Westcoast relative au projet Grizzly Valley a été ajournée. À l'audition de la demande relative au projet Fort St. John par l'Office, l'appelante, BC Gas Utility Ltd. («BC Gas»), a contesté la compétence de l'Office, plaidant que les installations projetées à Fort St. John ne constituaient pas des ouvrages ou entreprises de nature fédérale au sens de l'al. 92(10)a de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Subsidiairement, BC Gas a prétendu que la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ne s'appliquait pas aux installations de traitement du gaz naturel projetées parce que celles-ci n'étaient pas visées par la définition de «pipeline» à l'art. 2 de la Loi. Dans une décision rendue à la majorité, la formation de trois membres de l'Office a statué que les installations projetées ne constituaient pas des ouvrages ou entreprises de nature fédérale au sens de l'al. 92(10)a et a rejeté la demande de Westcoast pour absence de compétence.

Westcoast a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale. Elle a également fait renaître sa demande concernant le projet Grizzly Valley et a demandé à l'Office de renvoyer à la Cour d'appel fédérale, conformément aux art. 18.3 et 28(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, les questions de compétence soulevées par BC Gas. L'Office a rendu l'ordonnance n° MO-21-95 qui fait état des conclusions de fait pertinentes à l'égard des questions suivantes, qui ont été renvoyées à la Cour d'appel fédérale:

- (1) Les installations que se propose de construire et d'exploiter Westcoast Energy Inc. relèvent-elles de la compétence du Parlement du Canada selon les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*?
- (2) Le cas échéant, ces installations sont-elles visées par la définition de «pipeline» qui figure à l'article 2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*?

La Cour d'appel fédérale a examiné simultanément l'appel relatif au projet Fort St. John et le

together and held unanimously that both the proposed Fort St. John facilities and Grizzly Valley facilities were part of a single federal transportation undertaking within the jurisdiction of Parliament under s. 92(10)(a). It also held that the proposed processing plant facilities came within the definition of "pipeline" in s. 2 of the Act. It allowed the appeal from the decision of the Board in the Fort St. John proceeding and remitted the application back to the Board for a decision on its merits. It also answered both of the questions stated in the Grizzly Valley reference in the affirmative.

- 6 The appellant, BC Gas, appealed from the decision of the Federal Court of Appeal to this Court. The respondent, the Attorney General of British Columbia, and the interveners, the Attorneys General of Alberta, Nova Scotia and Saskatchewan, appeared in support of the appellant. The respondents, Westcoast and the Attorney General of Canada, appeared in support of the judgment of the Court of Appeal. The respondent, the National Energy Board, did not participate in the appeal before this Court.

III. Facts

- 7 In order to resolve the constitutional issue raised by this appeal, it is necessary to examine the physical and operational features of Westcoast's business in some detail. The following description is based on those in the reasons of the Board in the Fort St. John proceeding and Order No. MO-21-95 concerning the Grizzly Valley reference.

A. *The Business and Facilities of Westcoast*

- 8 The Westcoast natural gas pipeline system is essentially a network of gathering pipelines which feed gas into four gas processing plants, which in turn feed processed gas into an interprovincial mainline transmission pipeline. Natural gas is extracted by independent producers at production fields in the Yukon, the Northwest Territories,

renvoi concernant le projet Grizzly Valley, et elle a statué à l'unanimité que les installations projetées à Fort St. John et à Grizzly Valley faisaient partie d'une entreprise de transport fédérale unique relevant de la compétence reconnue au Parlement par l'al. 92(10)a). Elle a également conclu que les installations de traitement du gaz naturel projetées étaient visées par la définition de «pipeline» à l'art. 2 de la Loi. Elle a accueilli l'appel de la décision de l'Office concernant la demande portant sur le projet Fort St. John et elle a renvoyé l'affaire à l'Office afin qu'il se prononce sur le fond de la demande. Enfin, elle a répondu par l'affirmative aux deux questions soulevées dans le renvoi concernant le projet Grizzly Valley.

L'appelante, BC Gas, s'est pourvue devant notre Cour contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale. Le procureur général de la Colombie-Britannique intimé et les intervenants, les procureurs généraux de l'Alberta, de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan, ont comparu au soutien de l'appelante. Les intimés Westcoast et Procureur général du Canada ont comparu pour défendre l'arrêt de la Cour d'appel. L'Office national de l'énergie intimé n'a pas participé au présent pourvoi.

III. Les faits

Pour trancher la question constitutionnelle soulevée par le présent pourvoi, il est nécessaire d'examiner en détail les caractéristiques matérielles et fonctionnelles des activités de Westcoast. La description qui suit se fonde sur celle faite dans les motifs exposés par l'Office à l'égard de la demande relative au projet Fort St. John et de l'ordonnance n° MO-21-95 dans le renvoi concernant le projet Grizzly Valley.

A. *Les activités et les installations de Westcoast*

Le réseau de gazoducs de Westcoast est essentiellement un réseau de canalisations de collecte qui acheminent le gaz naturel à quatre usines de traitement, qui à leur tour alimentent en gaz épuré la canalisation principale de transport interprovincial. Des producteurs indépendants extraient le gaz naturel de gisements situés au Yukon, dans les

British Columbia and Alberta. The extracted gas is called "raw gas" and contains a mixture of both gaseous and liquid hydrocarbons consisting primarily of methane, as well as other substances such as water, hydrogen sulphide and carbon dioxide. Water is removed from the raw gas by the producers before it is delivered into the Westcoast gathering pipelines to avoid corrosion and the formation of hydrates which can obstruct the flow of gas.

The raw gas is transported through the Westcoast gathering pipelines by means of compression to one of four Westcoast processing plants, where it is processed to remove impurities, including hydrogen sulphide, carbon dioxide and liquid hydrocarbons. These impurities must be removed from the raw gas before it can be used by the ultimate consumers. The processed gas is called "residue gas" or "sales gas" and is delivered into the Westcoast mainline transmission pipeline for transportation by means of compression to markets in British Columbia, Alberta and the United States. The processing of the raw gas produces several byproducts which are also commercially valuable. For example, the hydrogen sulphide that is removed is converted into elemental sulphur which is stored or sold.

It is necessary to remove the hydrogen sulphide and carbon dioxide from the raw gas before it is delivered into the mainline transmission pipeline for two reasons. First, the combination of hydrogen sulphide and carbon dioxide is corrosive. While the steel used in the gathering pipelines is designed to resist this corrosion, the steel used in the mainline transmission pipeline is not. Second, hydrogen sulphide is toxic and poses unacceptable safety and environmental risks. As such, gas which contains hydrogen sulphide cannot be transported through the heavily populated areas where the mainline transmission pipeline runs.

The Westcoast facilities include approximately 2,488 kilometres of gathering pipelines located in

Territoires du Nord-Ouest, en Colombie-Britannique et en Alberta. Le gaz ainsi extrait, appelé «gaz brut», contient un mélange d'hydrocarbures gazeux et liquides constitués principalement de méthane ainsi que d'autres substances telles que l'eau, l'hydrogène sulfuré et le gaz carbonique. Pour éviter la corrosion et la formation d'hydrates susceptibles de gêner le déplacement du gaz, les producteurs enlèvent l'eau du gaz brut avant de l'envoyer dans les canalisations de collecte de Westcoast.

Le gaz brut est transporté par compression dans les canalisations de collecte jusqu'à l'une des quatre usines de traitement de Westcoast, où il est traité afin de le débarrasser de ses impuretés, notamment l'hydrogène sulfuré, le gaz carbonique et les hydrocarbures liquides. Ces impuretés doivent être extraites du gaz brut avant que les consommateurs ultimes puissent l'utiliser. Le gaz ainsi traité, qui est appelé «gaz résiduaire», «gaz marchand» ou «gaz épuré», est ensuite acheminé dans la canalisation principale pour être transporté, par compression, jusqu'aux marchés de ce produit en Colombie-Britannique, en Alberta et aux États-Unis. Le traitement du gaz brut génère plusieurs sous-produits qui ont également une valeur commerciale. Par exemple, l'hydrogène sulfuré qui en est retiré est transformé en soufre élémentaire, qui est ensuite stocké ou vendu.

Il est nécessaire d'enlever l'hydrogène sulfuré et le gaz carbonique du gaz brut avant d'acheminer celui-ci dans la canalisation principale, et ce pour deux raisons. Premièrement, l'hydrogène sulfuré et le gaz carbonique ont, ensemble, un effet corrosif. Alors que l'acier utilisé pour les canalisations de collecte est conçu pour résister à la corrosion, celui utilisé pour la canalisation principale ne l'est pas. Deuxièmement, l'hydrogène sulfuré est un produit toxique qui crée des risques inacceptables tant du point de vue de la sécurité que de l'environnement. Par conséquent, le gaz contenant de l'hydrogène sulfuré ne peut être transporté à travers les secteurs à forte densité de population où passe la canalisation principale.

Les installations de Westcoast comptent environ 2 488 kilomètres de canalisations de collecte par-

9

10

11

Alberta, British Columbia, the Yukon and the Northwest Territories, with 17 field compressor or “booster” stations; five gas processing plants located in British Columbia at Fort Nelson, Taylor (the McMahon Plant), Pine River, Aitken Creek and in the Sikanni area northwest of Fort St. John; and approximately 2,576 kilometres of mainline transmission pipeline located in Alberta and British Columbia, with 17 mainline compressor stations.

12

Westcoast’s mainline transmission pipeline commences at the international boundary near Huntingdon, British Columbia, east of Vancouver, where it connects with the interstate pipeline owned and operated in the United States by Northwest Pipeline Corporation. From Huntingdon, the mainline transmission pipeline extends north to Compressor Station No. 2 where it divides into three branches. One branch (the Fort Nelson Mainline) extends north to the Fort Nelson Plant, at Fort Nelson, British Columbia, with pipelines connecting its Sikanni Plant and the Aitken Creek Plant to the Fort Nelson Mainline near Compressor Station N4. The Fort Nelson Mainline also connects with the Buckinghamhorse Plant which is owned by Westcoast Gas Services Inc., a subsidiary of Westcoast. The second branch (the Pine River Mainline) extends southeast to the Pine River Plant near Chetwynd, British Columbia. The third branch (the Fort St. John Mainline) extends northeast to Compressor Station No. 1 adjacent to the McMahon Plant at Taylor, British Columbia (near Fort St. John) where it divides into two branches extending into Alberta. The more northerly of these lines (the Boundary Lake Mainline) extends approximately 1.6 kilometres into Alberta where it connects with the NOVA Gas Transmission Ltd. (“NOVA”) pipeline. The more southerly of these lines (the Alberta Mainline) extends approximately 6.6 kilometres into Alberta where it connects with pipeline facilities owned by Westcoast Transmission Company (Alberta) Ltd. (“Westcoast Alberta”), a wholly owned subsidiary of Westcoast. The Westcoast Alberta pipeline facilities, in turn, connect with the NOVA pipeline facilities east of the border between Alberta and British Columbia. In addition, the Westcoast Alberta pipe-

courant l’Alberta, la Colombie-Britannique, le Yukon et les Territoires du Nord-Ouest, et 17 stations de compression ou «stations auxiliaires»; cinq usines de traitement situées en Colombie-Britannique, soit à Fort Nelson, Taylor (l’usine McMahon), Pine River, Aitken Creek et dans la région de Sikanni, au nord-ouest de Fort St. John; et environ 2 576 kilomètres de canalisations principales parcourant l’Alberta et la Colombie-Britannique, et 17 stations de compression.

La canalisation de transport principale de Westcoast commence à la frontière internationale, près de Huntingdon (Colombie-Britannique), à l’est de Vancouver, où elle est raccordée au gazoduc que possède et exploite la Northwest Pipeline Corporation aux États-Unis. À partir de Huntingdon, la canalisation principale de Westcoast se prolonge vers le nord jusqu’à la station de compression n° 2, où elle se divise en trois branches. L’une de ces branches (la canalisation principale Fort Nelson) va vers le nord jusqu’à l’usine de Fort Nelson (Colombie-Britannique). En chemin, près de la station de compression N4, des canalisations la relient aux usines Sikanni et Aitken Creek qui appartiennent à Westcoast. La canalisation principale Fort Nelson est également raccordée à l’usine Buckinghamhorse, qui appartient à Westcoast Gas Services Inc., filiale de Westcoast. La deuxième branche (la canalisation principale Pine River) se prolonge vers le sud-est jusqu’à l’usine Pine River, près de Chetwynd (Colombie-Britannique). La troisième branche (la canalisation principale Fort St. John) va en direction du nord-est jusqu’à la station de compression n° 1, qui est adjacente à l’usine McMahon, située à Taylor, près de Fort St. John (Colombie-Britannique), où elle se divise en deux branches en Alberta. De ces deux branches, la branche nord (la canalisation principale Boundary Lake) pénètre en Alberta sur environ 1,6 km, où elle se raccorde au gazoduc de NOVA Gas Transmission Ltd. («NOVA»). La branche la plus au sud (la canalisation principale Alberta) pénètre en Alberta sur environ 6,6 km, où elle se raccorde alors à un gazoduc de Westcoast Transmission Company (Alberta) Ltd. («Westcoast Alberta»), filiale à part entière de Westcoast. Le gazoduc de Westcoast Alberta se raccorde ensuite

line facilities connect gas fields in the Peace River area of Alberta to the Westcoast gathering pipeline facilities.

Westcoast owns and operates three sets of gathering pipelines. First, the Fort Nelson gathering pipelines in the Fort Nelson resource area, which consist of approximately 856 kilometres of pipeline facilities extending north and east of the Fort Nelson Plant and related compression facilities. Second, the Fort St. John gathering pipelines in the Fort St. John resource area, which consist of approximately 1,372 kilometres of pipeline facilities extending north of the McMahon Plant at Taylor, British Columbia, and the Aitken Creek Plant and related compression facilities. Third, the Grizzly Valley gathering pipelines in the Grizzly Valley resource area, which consist of approximately 179 kilometres of pipeline facilities extending from the Pine River Plant to gas fields in the Grizzly Valley resource area southeast of the plant.

The gathering pipelines lie behind four of the five Westcoast processing plants: the Aitken Creek Plant, the McMahon Plant, the Pine River Plant and the Fort Nelson Plant. The Aitken Creek Plant and the McMahon Plant are both located in the Fort St. John area and the Pine River Plant is in the Grizzly Valley area. There is no interconnection between the gathering lines in the Fort Nelson, Fort St. John and Grizzly Valley areas. There are no gathering pipelines upstream of the Pine River Plant, the Aitken Creek Plant and the McMahon Plant which transport raw gas across the provincial boundary to those plants. Some of the gathering pipelines that transport gas to the Fort Nelson Plant cross the provincial boundary. The gathering pipelines upstream of the Sikanni Plant are owned by producers.

With the exception of minor volumes of gas sold by Westcoast under "offline" sales agreements to local distribution utilities in northeastern British Columbia, none of the gas which is transported

au gazoduc de NOVA, à l'est de la frontière entre l'Alberta et la Colombie-Britannique. Par ailleurs, le gazoduc de Westcoast Alberta raccorde les gisements de gaz de la région de Peace River (Alberta) aux installations de transport de gaz brut de Westcoast.

Westcoast possède et exploite trois réseaux de canalisations de collecte. Premièrement, les canalisations de collecte Fort Nelson, dans la région de ressources Fort Nelson, qui sont constituées d'environ 856 kilomètres de pipeline s'étendant au nord et à l'est de l'usine Fort Nelson, et d'installations de compression connexes. Deuxièmement, les canalisations de collecte Fort St. John, dans la région de ressources Fort St. John, qui se composent d'environ 1 372 kilomètres de pipeline s'étendant au nord de l'usine McMahon à Taylor (Colombie-Britannique) et de l'usine Aitken Creek, et d'installations de compression connexes. Troisièmement, les canalisations de collecte Grizzly Valley, dans la région de ressources Grizzly Valley, qui sont constituées d'environ 179 kilomètres de pipeline allant de l'usine Pine River jusqu'aux champs gazifères de la région de ressources Grizzly Valley, au sud-est de l'usine.

Les canalisations de collecte sont situées en amont de quatre des cinq usines de traitement de Westcoast: Aitken Creek, McMahon, Pine River et Fort Nelson. Les usines Aitken Creek et McMahon se trouvent dans la région Fort St. John, alors que l'usine Pine River est située dans la région de Grizzly Valley. Il n'existe pas de raccordement entre les canalisations de collecte des régions de Fort Nelson, Fort St. John et Grizzly Valley. Aucune des canalisations de collecte situées en amont des usines Pine River, Aitken Creek et McMahon ne traverse la frontière provinciale. Certaines des canalisations de collecte desservant l'usine Fort Nelson traversent la frontière provinciale. Les canalisations de collecte en amont de l'usine Sikanni appartiennent à des producteurs.

À part de petites quantités de gaz vendues par Westcoast dans le cadre de contrats de vente hors-réseau à des distributeurs locaux du nord-est de la Colombie-Britannique, le gaz transporté grâce aux

13

14

15

through the Westcoast facilities is owned by Westcoast. It is owned by producers, gas brokers, local distribution utilities, industrial gas users and other customers, and is transported by Westcoast on behalf of these customers pursuant to service agreements. Gathering, processing, northern mainline transmission and southern mainline transmission are separate services provided by Westcoast and can be subject to one or more separate agreements. Ownership of the gas may change at various points and one party may own the raw gas prior to processing while other parties may own the residue gas and other commodities produced in a processing plant, such as sulphur.

installations de Westcoast n'appartient pas à cette dernière. Il appartient plutôt à des producteurs, à des courtiers, à des distributeurs locaux, à des usagers industriels et à d'autres clients, pour lesquels Westcoast transporte ce gaz, en vertu de contrats de service. La collecte, le traitement ainsi que le transport par la canalisation principale nord et la canalisation principale sud sont des services distincts offerts par Westcoast et, en tant que tels, ils peuvent être offerts aux termes d'un ou de plusieurs contrats. La propriété du gaz peut changer de mains à divers points; une partie peut posséder le gaz brut avant le traitement, tandis que d'autres peuvent être les propriétaires du gaz résiduaire et d'autres produits — tel le soufre — obtenus à l'usine de traitement.

16

Residue gas can be processed in a processing plant not owned by Westcoast and then transported through the Westcoast mainline transmission pipeline in exactly the same manner as if the residue gas had been processed in a Westcoast processing plant. All of the residue gas which is processed at any of the Westcoast processing plants is delivered into the Westcoast mainline transmission pipeline, except for some residue gas from the Pine River Plant, which is delivered back to producers in the Grizzly Valley Resource area through the Sukunka Fuel Gas Pipeline for use as fuel in field dehydration and compression facilities.

Le gaz résiduaire peut être traité dans une usine qui n'appartient pas à Westcoast et être ensuite transporté dans la canalisation principale de cette dernière, exactement comme s'il avait été traité dans une usine lui appartenant. Tout le gaz résiduaire traité à l'une ou l'autre des usines de traitement de Westcoast passe dans la canalisation de transport principale de cette dernière, sauf une certaine quantité de gaz résiduaire provenant de l'usine Pine River, qui est renvoyée aux producteurs de la région de ressources Grizzly Valley par la canalisation de transport du gaz combustible Sukunka, pour servir de combustible dans les installations de déshydratation et de compression qui s'y trouvent.

17

The Westcoast mainline transmission pipeline facilities and gathering pipeline facilities are operated by the same personnel. The pipeline operations are divided into two geographic regions: the Southern District and the Northern District. Southern District personnel operate and maintain the Southern Mainline to and including Compressor Station No. 2, as well as Compressor Station N5 on the Fort Nelson Mainline. Northern District personnel operate and maintain the Fort Nelson Mainline north of Compressor Station No. 2, the Fort Nelson gathering pipelines, the Fort St. John mainline transmission pipeline, the Fort St. John gathering pipelines, the Boundary Lake mainline transmission pipeline, the Alberta mainline trans-

Les canalisations de transport principales et les canalisations de collecte de Westcoast sont exploitées par le même personnel. Les opérations pipelières se déroulent dans deux régions géographiques: le district sud et le district nord. Le personnel du district sud assure le fonctionnement et l'entretien de la canalisation principale sud jusqu'à la station de compression n° 2 inclusivement, ainsi que l'entretien et le fonctionnement de la station de compression N5 située sur la canalisation principale Fort Nelson. Le personnel du district nord assure le fonctionnement et l'entretien de la canalisation principale Fort Nelson au nord de la station de compression n° 2, des canalisations de collecte Fort Nelson, de la canalisation principale

mission pipeline, the Pine River mainline transmission pipeline and the Grizzly Valley gathering pipelines. Pipeline crews, directed by the same Westcoast management, work at times on gathering pipelines and associated compressor facilities and at other times on mainline transmission pipelines and associated compressor facilities. Both of Westcoast's mainline and gathering pipelines are serviced by common field offices, pipe storage yards, warehouses, compression repair facilities and measurement and pipeline maintenance shops. The personnel who maintain and operate pipeline or compressor facilities of Westcoast may also operate or maintain pipelines or compressor facilities owned by subsidiaries or affiliates of Westcoast. At times some of them may also undertake work related to the maintenance or operation of Westcoast's processing plants. The field operation of Westcoast's processing plants is carried out by Westcoast plant personnel at each plant location under the direction and supervision of management personnel located in Vancouver. An exception is the Aitken Creek processing plant which is operated by Unocal Canada Ltd. employees under Westcoast's direction and supervision.

Westcoast's Gas Control personnel in its Vancouver Gas Control Centre are responsible for monitoring and controlling the flow of gas through its gathering pipeline facilities and mainline transmission pipeline facilities to ensure that shippers are able to deliver gas into, and receive gas off, the pipelines. These personnel monitor and control pressures throughout the gathering and mainline transmission facilities to ensure that shippers maintain a balance between gas receipts into the gathering pipelines and deliveries off the mainline transmission pipelines. Maintaining this balance is critical to the safe and efficient operation of the pipeline facilities. Westcoast also uses an extensive and interconnected telecommunications system for the operation of its pipeline and processing facilities, which includes dedicated private telephone

Fort St. John, des canalisations de collecte Fort St. John, de la canalisation principale Boundary Lake, de la canalisation principale Alberta, de la canalisation principale Pine River et des canalisations de collecte Grizzly Valley. Des équipes, sous la direction des mêmes cadres de Westcoast, travaillent parfois aux canalisations de collecte et aux installations de compression connexes et parfois aux canalisations principales et aux installations de compression connexes. Un ensemble commun de bureaux locaux, de parcs de stockage des tuyaux, d'entrepôts, d'ateliers de réparation des appareils de compression et d'ateliers de mesure et d'entretien des pipelines desservent les canalisations principales et les canalisations de collecte de Westcoast. Le personnel qui assure le fonctionnement et l'entretien des pipelines ou des installations de compression de Westcoast peut aussi travailler pour des filiales de Westcoast. À l'occasion, certains employés effectuent des travaux liés à l'exploitation ou à l'entretien des usines de traitement de Westcoast. À l'échelle locale, le fonctionnement des usines de traitement de Westcoast est assuré par le personnel de chaque usine, sous la direction et la supervision du personnel cadre à Vancouver, sauf dans le cas de l'usine Aitken Creek, qui est exploitée par des employés de Unocal Canada Ltd. sous la direction et la supervision de Westcoast.

Le personnel du service de contrôle d'acheminement du gaz de Westcoast au Centre de contrôle d'acheminement du gaz à Vancouver est chargé de surveiller et de contrôler la circulation du gaz dans les canalisations de collecte et les canalisations principales de Westcoast pour faire en sorte que les expéditeurs puissent livrer du gaz dans les canalisations et en recevoir à partir de celles-ci. Ces personnes surveillent et contrôlent la pression dans les canalisations de collecte et les canalisations principales pour assurer que les expéditeurs maintiennent un équilibre entre les arrivages de gaz dans les canalisations de collecte et les livraisons de gaz à partir des canalisations principales. Le maintien de cet équilibre est essentiel à l'exploitation sûre et efficace des installations pipelinaires. De plus, pour l'exploitation des pipelines et des usines de traitement de Westcoast, on dispose d'un vaste sys-

channels and multi-channel point-to-point and two-way mobile radio coverage.

B. *The Proposed Westcoast Expansion Facilities*

1. The Proposed Fort St. John Facilities

19 The Fort St. John application concerned a proposal by Westcoast to expand its facilities in the vicinity of the Fort St. John Processing Plant through: (1) the construction of four loops and one extension of existing gathering pipelines; (2) the addition of three new compressor facilities; (3) the construction of the new Aitken Creek Plant, which is to be connected on the upstream side to the gathering pipelines and on the downstream side to Westcoast's main transmission pipeline through an expanded Aitken Creek Pipeline; and (4) the construction of a loop of the Aitken Creek Pipeline connecting the new Aitken Creek Plant with the mainline transmission pipeline. The estimated cost of the proposed project was approximately \$397,000,000 at the time of the application, of which approximately \$265,000,000 was for the construction of the processing plant. Westcoast applied to the Board for: (1) a certificate of public convenience and necessity pursuant to s. 52 of the *National Energy Board Act* authorizing the construction and operation of pipeline facilities; (2) an order pursuant to s. 58 to exempt the new Aitken Creek Plant, additional compressor facilities and certain additional pipeline facilities from the provisions of ss. 30, 31, 33 and 47; and (3) an order pursuant to s. 59 confirming that the tolls for services to be provided through the proposed facilities would be determined on a "rolled-in" basis.

2. The Proposed Grizzly Valley Facilities

20 The Grizzly Valley application concerned a proposal by Westcoast to expand its facilities in the

tème de télécommunication intégré, qui comprend des voies téléphoniques spécialisées, un système mobile radio multivoies point à point et un système de radiocommunications bilatérales.

B. *Le projet d'agrandissement des installations de Westcoast*

1. Les installations projetées dans la région de Fort St. John

La demande relative au projet Fort St. John avait trait au projet de Westcoast d'agrandir ses installations dans les environs de l'usine Fort St. John par les mesures suivantes: (1) construction de quatre doubléments et prolongement de canalisations de collecte existantes; (2) ajout de trois nouvelles installations de compression; (3) construction de la nouvelle usine Aitken Creek, qui doit être raccordée en amont aux canalisations de collecte et en aval à la canalisation principale de Westcoast grâce au prolongement du pipeline Aitken Creek; (4) construction d'un doublement du pipeline Aitken Creek raccordant la nouvelle usine Aitken Creek à la canalisation principale. Le coût estimatif du projet était d'environ 397 000 000 \$ au moment du dépôt de la demande, dont environ 265 000 000 \$ pour la construction de l'usine de traitement. Westcoast a demandé à l'Office: (1) de lui délivrer, conformément à l'art. 52 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, à l'égard des installations pipelinaires projetées, un certificat d'utilité publique l'autorisant à construire et à exploiter ces installations; (2) de rendre, conformément à l'art. 58, une ordonnance soustrayant la nouvelle usine Aitken Creek, les installations de compression supplémentaires et certaines installations pipelinaires supplémentaires à l'application des art. 30, 31, 33 et 47; (3) de rendre, conformément à l'art. 59, une ordonnance confirmant que les droits relatifs aux services qui seront fournis grâce aux installations projetées seront calculés selon la méthode de péréquation.

2. Les installations projetées dans la région de Grizzly Valley

La demande relative au projet Grizzly Valley avait trait au projet de Westcoast d'agrandir ses

vicinity of the Grizzly Valley area through: (1) the construction of a loop of the existing Grizzly Pipeline to increase its capacity to transport raw gas to the Pine River Plant; (2) the construction of several gathering pipelines; (3) an expansion of the Pine River Plant to increase its capacity; (4) the construction of a fuel gas pipeline connected to the existing Sukunka Fuel Gas Pipeline to deliver fuel gas to the producers in the Highhat supply area; (5) the construction of a loop of the Pine River mainline transmission pipeline to increase its capacity; and (6) an upgrade of an existing compressor unit at Compressor Station No. 2. The total cost of the proposed Grizzly Valley facilities was estimated to be approximately \$400,000,000 at the time of the application, of which approximately \$348,800,000 was for the Pine River Plant expansion facilities, \$29,500,000 was for the Grizzly Valley gathering facilities and \$21,700,000 was for the mainline transmission facilities. Westcoast applied to the Board for: (1) an order pursuant to s. 58 to exempt the proposed processing, compressor, and pipeline facilities from the provisions of ss. 30, 31 and 47; and (2) an order pursuant to s. 59 confirming that the tolls for services to be provided at the proposed facilities would be determined on a "rolled-in" basis.

IV. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

The following constitutional and statutory provisions are relevant to this appeal:

Constitution Act, 1867

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within

installations dans la région Grizzly Valley par les mesures suivantes: (1) construction d'un doublement du pipeline Grizzly existant afin d'augmenter sa capacité de transporter le gaz brut à l'usine Pine River; (2) construction de plusieurs canalisations de collecte; (3) agrandissement de l'usine Pine River afin d'accroître sa puissance; (4) construction d'un pipeline de transport de gaz combustible raccordé à la canalisation Sukunka afin de pouvoir livrer du gaz combustible aux producteurs de la région d'exploitation Highhat; (5) construction d'un doublement de la canalisation principale Pine River afin d'en augmenter la puissance; (6) amélioration d'un compresseur de la station de compression n° 2. Le coût estimatif total des installations projetées dans la région de Grizzly Valley était d'environ 400 000 000 \$ au moment du dépôt de la demande, dont environ 348 800 000 \$ pour l'agrandissement de l'usine Pine River, 29 500 000 \$ pour les installations de collecte de Grizzly Valley et 21 700 000 \$ pour les canalisations principales. Westcoast a demandé à l'Office: (1) de rendre, conformément à l'art. 58, une ordonnance soustrayant les installations de traitement et de compression de même que les canalisations projetées à l'application des art. 30, 31 et 47; (2) de rendre, conformément à l'art. 59, une ordonnance confirmant que les droits relatifs aux services qui seront fournis aux installations projetées seront calculés selon la méthode de péréquation.

IV. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Voici les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes à l'égard du présent pourvoi:

Loi constitutionnelle de 1867

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada

the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,

. . .

29. Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

And any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section shall not be deemed to come within the Class of Matters of a local or private Nature comprised in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, —

. . .

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes: —

(a) Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province;

92A. (1) In each province, the legislature may exclusively make laws in relation to

. . .

(b) development, conservation and management of non-renewable natural resources and forestry resources in the province, including laws in relation to the rate of primary production therefrom; and

(c) development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy.

. . .

(5) The expression “primary production” has the meaning assigned by the Sixth Schedule.

. . .

s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

. . .

29. les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

Et aucune des matières ressortissant aux catégories de sujets énumérés au présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d'une nature locale ou privée comprises dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

. . .

10. les ouvrages et entreprises d'une nature locale, autres que ceux qui sont énumérés dans les catégories suivantes:

a) lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;

92A. (1) La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer dans les domaines suivants:

. . .

b) exploitation, conservation et gestion des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, y compris leur rythme de production primaire;

c) aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique.

. . .

(5) L'expression «production primaire» a le sens qui lui est donné dans la sixième annexe.

. . .

THE SIXTH SCHEDULE

Primary Production from Non-Renewable Natural Resources and Forestry Resources

1. For the purposes of section 92A of this Act,

(a) production from a non-renewable natural resource is primary production therefrom if

(i) it is in the form in which it exists upon its recovery of severance from its natural state, or

(ii) it is a product resulting from processing or refining the resource, and is not a manufactured product or a product resulting from refining crude oil, refining upgraded heavy crude oil, refining gases or liquids derived from coal or refining a synthetic equivalent of crude oil; . . .

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7

18.3 (1) A federal board, commission or other tribunal may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Trial Division for hearing and determination.

28. (1) The Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine applications for judicial review made in respect of any of the following federal boards, commissions or other tribunals:

. . . .

(f) the National Energy Board established by the *National Energy Board Act*;

. . . .

(2) Sections 18 to 18.5, except subsection 18.4(2), apply, with such modifications as the circumstances require, in respect of any matter within the jurisdiction of the Court of Appeal under subsection (1) and, where they so apply, a reference to the Trial Division shall be read as a reference to the Court of Appeal.

National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7

2. In this Act,

. . . .

“pipeline” means a line that is used or to be used for the transmission of oil or gas, alone or with any

SIXIÈME ANNEXE

Production primaire tirée des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières

1. Pour l'application de l'article 92A:

a) on entend par production primaire tirée d'une ressource naturelle non renouvelable:

(i) soit le produit qui se présente sous la même forme que lors de son extraction du milieu naturel,

(ii) soit le produit non manufacturé de la transformation, du raffinage ou de l'affinage d'une ressource, à l'exception du produit du raffinage du pétrole brut, du raffinage du pétrole brut lourd amélioré, du raffinage des gaz ou des liquides dérivés du charbon ou du raffinage d'un équivalent synthétique du pétrole brut; . . .

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7

18.3 (1) Les offices fédéraux peuvent, à tout stade de leurs procédures, renvoyer devant la Section de première instance pour audition et jugement toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

28. (1) La Cour d'appel a compétence pour connaître des demandes de contrôle judiciaire visant les offices fédéraux suivants:

. . . .

f) l'Office national de l'énergie constitué par la *Loi sur l'Office national de l'énergie*;

. . . .

(2) Les articles 18 à 18.5 s'appliquent, exception faite du paragraphe 18.4(2) et compte tenu des adaptations de circonstance, à la Cour d'appel comme si elle y était mentionnée lorsqu'elle est saisie en vertu du paragraphe (1) d'une demande de contrôle judiciaire.

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . . .

«pipeline» Canalisation servant ou destinée à servir au transport du pétrole ou du gaz, seul ou avec un

other commodity, and that connects a province with any other province or provinces or extends beyond the limits of a province or the offshore area as defined in section 123, and includes all branches, extensions, tanks, reservoirs, storage facilities, pumps, racks, compressors, loading facilities, interstation systems of communication by telephone, telegraph or radio and real and personal property and works connected therewith;

29. (1) No person, other than a company, shall construct or operate a pipeline.

(2) Nothing in this section shall be construed to prohibit or prevent any person from operating or improving a pipeline constructed before October 1, 1953, but every such pipeline shall be operated in accordance with this Act.

(3) For the purposes of this Act,

(a) a liquidator, receiver or manager of the property of a company, appointed by a court of competent jurisdiction to carry on the business of the company,

(b) a trustee for the holders of bonds, debentures, debenture stock or other evidence of indebtedness of the company, issued under a trust deed or other instrument and secured on or against the property of the company, if the trustee is authorized by the trust deed or other instrument to carry on the business of the company, and

(c) a person, other than a company,

(i) operating a pipeline constructed before October 1, 1953, or

(ii) constructing or operating a pipeline exempted from subsection (1) by an order of the Board made under subsection 58(1),

is deemed to be a company.

30. (1) No company shall operate a pipeline unless

(a) there is a certificate in force with respect to that pipeline; and

(b) leave has been given under this Part to the company to open the pipeline.

(2) No company shall operate a pipeline otherwise than in accordance with the terms and conditions of the certificate issued with respect thereto.

autre produit, et reliant une province et une ou plusieurs autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites d'une province ou de la zone extracôtière, au sens de l'article 123, y compris les branchements, extensions, citernes, réservoirs, installations de stockage ou de chargement, pompes, rampes de chargement, compresseurs, systèmes de communication entre stations par téléphone, télégraphe ou radio, ainsi que les ouvrages, ou autres biens immeubles ou meubles, connexes.

29. (1) Seules les compagnies ont le droit de construire ou d'exploiter un pipeline.

(2) Le présent article n'a pas pour effet d'empêcher quiconque d'exploiter ou d'améliorer un pipeline construit avant le 1^{er} octobre 1953, mais l'exploitation du pipeline doit se faire conformément à la présente loi.

(3) Pour l'application de la présente loi, sont assimilés aux compagnies:

a) le liquidateur, le séquestre ou le gérant des biens d'une compagnie, nommé par un tribunal compétent pour exercer les activités d'une compagnie;

b) le fiduciaire agissant pour le bénéfice des détenteurs de titres de créance d'une compagnie — notamment bons, obligations, débetures ou débetures-actions — émis en vertu d'un acte de fiducie ou autre et grevant les biens de celle-ci, pourvu qu'il soit autorisé par l'acte à exercer les activités de la compagnie;

c) la personne autre qu'une compagnie qui:

(i) soit exploite un pipeline construit avant le 1^{er} octobre 1953,

(ii) soit construit ou exploite un pipeline soustrait à l'application du paragraphe (1) par ordonnance de l'Office rendue en vertu du paragraphe 58(1).

30. (1) La compagnie ne peut exploiter un pipeline que si les conditions suivantes sont réunies:

a) il existe un certificat en vigueur relativement à ce pipeline;

b) elle a été autorisée à mettre le pipeline en service aux termes de la présente partie.

(2) La compagnie doit exploiter le pipeline conformément aux conditions du certificat délivré à cet égard.

31. Except as otherwise provided in this Act, no company shall begin the construction of a section or part of a pipeline unless

- (a) the Board has by the issue of a certificate granted the company leave to construct the line;
- (b) the company has complied with all applicable terms and conditions to which the certificate is subject;
- (c) the plan, profile and book of reference of the section or part of the proposed line have been approved by the Board; and
- (d) copies of the plan, profile and book of reference so approved, duly certified as such by the Secretary, have been deposited in the offices of the registrars of deeds for the districts or counties through which the section or part of the pipeline is to pass.

33. (1) When the Board has issued a certificate, the company shall prepare and submit to the Board a plan, profile and book of reference of the pipeline.

(2) The plan and profile shall be drawn with such detail as the Board may require.

(3) The book of reference shall describe the portion of land proposed to be taken in each parcel of land to be traversed, giving the numbers of the parcels, and the area, length and width of the portion of each parcel to be taken, and the names of the owners and occupiers in so far as they can be ascertained.

(4) The plan, profile and book of reference shall be prepared to the satisfaction of the Board, and the Board may require the company to furnish any further or other information that the Board considers necessary.

47. (1) No pipeline and no section of a pipeline shall be opened for the transmission of hydrocarbons or any other commodity by a company until leave to do so has been obtained from the Board.

(2) Leave may be granted by the Board under this section if the Board is satisfied that the pipeline may safely be opened for transmission.

52. The Board may, subject to the approval of the Governor in Council, issue a certificate in respect of a pipeline if the Board is satisfied that the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity and, in considering an application for a certificate, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant, and may have regard to the following:

31. Sauf dispositions contraires de la présente loi, la compagnie ne peut commencer la construction d'une section ou partie de pipeline que si les conditions suivantes sont réunies:

- a) l'Office l'a, par la délivrance d'un certificat, autorisée à construire la canalisation;
- b) elle s'est conformée aux conditions dont le certificat est assorti;
- c) les plan, profil et livre de renvoi de la section ou partie de la canalisation projetée ont été approuvés par l'Office;
- d) des copies des plan, profil et livre de renvoi approuvés, certifiées conformes par le secrétaire, ont été déposées aux bureaux des directeurs de l'Enregistrement des districts ou comtés que doit traverser cette section ou partie du pipeline.

33. (1) Une fois le certificat délivré, la compagnie doit préparer et soumettre à l'Office les plan, profil et livre de renvoi du pipeline.

(2) Les plan et profil donnent les détails que l'Office peut exiger.

(3) Le livre de renvoi doit décrire la portion de terrain qu'il est prévu de prendre dans chaque parcelle à traverser, en donnant le numéro des parcelles et les longueur et largeur et superficie de la portion à prendre, ainsi que les noms des propriétaires et occupants, dans la mesure où il est possible de les constater.

(4) Les plan, profil et livre de renvoi doivent répondre aux exigences de l'Office; celui-ci peut enjoindre à la compagnie de fournir tous renseignements complémentaires ou supplémentaires qu'il estime nécessaires.

47. (1) La compagnie ne peut mettre en service, pour le transport d'hydrocarbures ou d'autres produits, un pipeline ou une section de celui-ci que si elle a obtenu de l'Office une autorisation à cette fin.

(2) L'Office ne délivre l'autorisation prévue au présent article que s'il est convaincu que le pipeline peut, sans danger, être mis en service pour le transport.

52. Sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil, l'Office peut, s'il est convaincu de son caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, délivrer un certificat à l'égard d'un pipeline; ce faisant, il tient compte de tous les facteurs qu'il estime pertinents, et notamment de ce qui suit:

- (a) the availability of oil or gas to the pipeline;
- (b) the existence of markets, actual or potential;
- (c) the economic feasibility of the pipeline;
- (d) the financial responsibility and financial structure of the applicant, the methods of financing the pipeline and the extent to which Canadians will have an opportunity of participating in the financing, engineering and construction of the pipeline; and
- (e) any public interest that in the Board's opinion may be affected by the granting or the refusing of the application.

58. (1) The Board may make orders exempting

- (a) pipelines or branches of or extensions to pipelines, not exceeding in any case forty kilometres in length, and
- (b) such tanks, reservoirs, storage facilities, pumps, racks, compressors, loading facilities, interstation systems of communication by telephone, telegraph or radio, and real and personal property and works connected therewith, as the Board considers proper,

from any or all of the provisions of sections 29 to 33 and 47.

(2) [Repealed, 1990, c. 7, s. 22]

(3) In any order made under this section the Board may impose such terms and conditions as it considers proper.

59. The Board may make orders with respect to all matters relating to traffic, tolls or tariffs.

V. Decisions Below

A. *National Energy Board* (Reasons for Decision GH-5-94 re the Fort St. John Application)

1. A. Côté-Verhaaf and K. W. Vollman

The majority of the Board stated that it was clear that Westcoast's existing mainline transmission pipeline was within federal jurisdiction. It cited *United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 S.C.R. 1112, for the propositions that the proposed Fort St. John facilities were also subject to federal jurisdiction

- a) l'approvisionnement du pipeline en pétrole ou gaz;
- b) l'existence de marchés, réels ou potentiels;
- c) la faisabilité économique du pipeline;
- d) la responsabilité et la structure financières du demandeur et les méthodes de financement du pipeline ainsi que la mesure dans laquelle les Canadiens auront la possibilité de participer au financement, à l'ingénierie ainsi qu'à la construction du pipeline;
- e) les conséquences sur l'intérêt public que peut, à son avis, avoir sa décision.

58. (1) L'Office peut, par ordonnance, soustraire totalement ou partiellement à l'application des articles 29 à 33 et 47:

- a) les pipelines, ou embranchements ou extensions de ceux-ci, ne dépassant pas quarante kilomètres de long;
- b) les citernes, réservoirs, installations de stockage et de chargement, pompes, rampes de chargement, compresseurs, systèmes de communication entre stations par téléphone, télégraphe ou radio, ainsi que les ouvrages ou autres biens immeubles ou meubles connexes qu'il estime indiqués.

(2) [Abrogé, 1990, ch. 7, art. 22]

(3) L'Office peut assortir toute ordonnance qu'il rend aux termes du présent article des conditions qu'il estime indiquées.

59. L'Office peut prendre des ordonnances sur tous les sujets relatifs au transport, aux droits ou aux tarifs.

V. Les décisions rendues

A. *Office national de l'énergie* (motifs de décision dans la demande GH-5-94 concernant le projet Fort St. John)

1. A. Côté-Verhaaf et K. W. Vollman

Les membres majoritaires de l'Office ont déclaré que la canalisation de transport principale de Westcoast relevait clairement de la compétence du fédéral. Ils ont fait état de l'arrêt *Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 R.C.S. 1112, pour étayer leur proposition que les installations projetées à Fort

under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* if they would constitute part of this federal undertaking, or, in the alternative, be integral to it.

In considering whether the facilities formed part of the federal undertaking under the first test in *Central Western*, *supra*, the majority concluded that, in decisions where courts have found there to be a single undertaking, the nature of the local and interprovincial services was the same. The majority then made a finding that the processing and transmission services offered by Westcoast were different (at p. 9):

In *Flamborough*, as in *Winner* and other cases in which the courts have found a single undertaking, the nature of the local and interprovincial services was the same; in *Flamborough* and *Winner*, for example, the services were transportation. In the Board's view, gas processing and gas transmission are fundamentally different activities or services. Processing is one of the operations that result in the production of residue gas, sulphur and liquids, which are then transported to markets by various means. Gathering is a transportation activity, but in the view of the Board it is related to the production process rather than the mainline transmission activity. [Emphasis added.]

The majority stated that Westcoast's business practices reflected the different services it offered. Customers could contract for Westcoast's transmission services separately from its gathering and processing services. Gathering, processing and mainline transmission were tolled separately and according to different methodologies. The majority noted that Westcoast's facilities were operated in a coordinated matter, but concluded that this was a universal feature of the natural gas industry and would occur between connected facilities regardless of ownership. It concluded that the proposed Fort St. John facilities would not form part of Westcoast's federal mainline transmission pipeline undertaking, with the exception of the proposed loop of the Aitken Creek pipeline that would con-

St. John seraient également assujetties au pouvoir de légiférer du fédéral en vertu de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* si elles faisaient partie de cette entreprise fédérale ou en constituaient un élément fondamental.

Dans l'examen de la question de savoir si les installations visées faisaient partie de l'entreprise fédérale, selon le premier volet du critère établi dans *Central Western*, précité, les membres majoritaires ont conclu que, dans les décisions où des tribunaux ont conclu à l'existence d'une entreprise unique, la nature des services locaux et interprovinciaux était la même. Ils ont ensuite conclu que les services de traitement et de transport du gaz offerts par Westcoast étaient différents (à la p. 9):

Dans la cause *Flamborough*, comme dans *Winner* et d'autres causes dans lesquelles les tribunaux ont conclu à une entreprise unique, la nature des services locaux et interprovinciaux était la même; dans *Flamborough* et *Winner*, par exemple, les services étaient le transport. Selon l'Office, le traitement du gaz et le transport du gaz sont des activités ou services fondamentalement différents. Le traitement est l'une des opérations qui aboutit à la production du gaz résiduaire, du soufre et de liquides, qui sont ensuite transportés jusqu'aux marchés par divers moyens. La collecte est une activité de transport, mais selon l'Office, elle est liée au processus de production plutôt qu'au transport par la canalisation principale. [Je souligne.]

Les membres de la majorité ont affirmé que les pratiques commerciales de Westcoast reflétaient les différents services offerts par celle-ci. Des clients peuvent passer des contrats visant ses services de transport, indépendamment de ses services de collecte et de traitement. Les droits applicables aux services de collecte, de traitement et de transport par la canalisation principale sont facturés séparément et suivant des méthodes différentes. Les membres majoritaires ont souligné que les installations de Westcoast étaient exploitées de façon coordonnée, mais ils ont conclu qu'il s'agissait d'une caractéristique universelle de l'industrie du gaz naturel, qui existerait entre des installations reliées, indépendamment de l'identité de leur propriétaire. Ils ont conclu que les installations projetées à Fort St. John ne feraient pas partie de l'entreprise fédérale de transport par canalisation

nect the new Aitken Creek Plant with the main transmission pipeline.

25 The majority went on to find that the proposed facilities would not be integral to Westcoast's mainline transmission undertaking under the second test in *Central Western, supra*, because the dependence of the mainline transmission pipeline on the processing plants and gathering lines was a necessary feature of the industry. It concluded that the facilities were not within federal jurisdiction under s. 92(10)(a) and dismissed Westcoast's application for lack of jurisdiction.

2. R. Illing (dissenting)

26 The dissenting member of the Board concluded that the entire Westcoast system was a single federal undertaking under s. 92(10)(a). He also concluded that, even if the gathering and processing facilities were considered individually, they would both come within federal jurisdiction. The fact that some of the gathering pipelines crossed provincial boundaries was sufficient for all of the gathering pipelines to constitute a federal undertaking because the interprovincial gathering pipelines could not be severed from those located entirely within British Columbia. The processing plants came within federal jurisdiction because they were an integral part of the mainline transmission pipeline and essential to its operation. The processing services were provided solely for those who transported gas in the mainline transmission pipeline and the raw gas had to be processed before it could be transported in the mainline transmission pipeline because of the metallurgical properties of the pipeline and environmental and safety concerns.

27 Having concluded that the proposed Fort St. John facilities were within federal jurisdiction under s. 92(10)(a), the dissenting member went on to find that the proposed gas processing facility came within the definition of "pipeline" in s. 2 of

principale de Westcoast, à l'exception du doublement proposé du pipeline Aitken Creek qui raccorderait la nouvelle usine Aitken Creek à la canalisation principale.

Les membres de la majorité ont poursuivi en concluant que les installations projetées ne seraient pas une partie intégrante de l'entreprise de transport par canalisation principale de Westcoast au sens du deuxième volet du critère établi dans *Central Western*, précité, parce que la dépendance de la canalisation principale à l'égard des usines de traitement et des canalisations de collecte était une caractéristique inévitable dans l'industrie. Ils ont conclu que les installations ne relevaient pas de la compétence du fédéral en vertu de l'al. 92(10)a) et ils ont rejeté la demande de Westcoast pour cause d'absence de compétence.

2. R. Illing (dissident)

Le membre dissident de l'Office a conclu que l'ensemble du réseau Westcoast constituait une entreprise fédérale unique visée à l'al. 92(10)a). Il a également conclu que, même prises individuellement, les installations de collecte et de traitement relevaient toujours de la compétence du fédéral. Le fait que certaines des canalisations de collecte traversent des frontières provinciales suffisait pour que l'ensemble des canalisations de collecte constitue une entreprise fédérale, car les canalisations de collecte interprovinciales ne peuvent être dissociées de celles situées entièrement en Colombie-Britannique. Les usines de traitement relèvent de la compétence du fédéral parce qu'elles font partie intégrante de la canalisation principale et sont essentielles à son exploitation. Les services de traitement ne sont fournis qu'à ceux qui transportent du gaz dans la canalisation principale, et le gaz brut doit être traité avant d'être transporté dans la canalisation principale, en raison des propriétés métallurgiques de la canalisation et des préoccupations touchant la sécurité et l'environnement.

Après avoir conclu que les installations projetées dans la région de Fort St. John relevaient de la compétence du fédéral en vertu de l'al. 92(10)a), le membre dissident a poursuivi en statuant que les installations de traitement du gaz projetées étaient

the *National Energy Board Act* by virtue of the phrase “real and personal property and works connected therewith”. Therefore, he was of the view that the Board had jurisdiction over the proposed Fort St. John facilities.

B. *Federal Court of Appeal*, [1996] 2 F.C. 263

As noted above, the Federal Court of Appeal considered the appeal by Westcoast from the decision of the Board that it did not have jurisdiction over the proposed Fort St. John facilities together with the reference concerning the jurisdiction of the Board over the proposed Grizzly Valley facilities. Hugessen J.A. for a unanimous court (Pratte and Stone J.J.A. concurring) stated that the business of Westcoast was the transportation of natural gas by pipeline for the account of others. Applying the first test in *Central Western*, *supra*, he considered whether the Westcoast facilities constituted a single federal undertaking under s. 92(10)(a).

Hugessen J.A. concluded that the fact that there may be different activities or services being carried on did not preclude a finding that a single federal undertaking exists. He referred to the conclusion of the majority of the Board that Westcoast’s gathering and processing facilities were separate undertakings from the mainline transmission system because “gas processing and gas transmission are fundamentally different activities or services”, and stated at pp. 283-84:

With respect, it seems to me that this observation misses the mark; the fact that different activities are carried on or services provided cannot by itself be determinative of whether one is dealing with more than one undertaking. It is not the difference between the activities and services but the inter-relationship between them, and whether or not they have a common direction and purpose which will determine whether they form part of a single undertaking.

Hugessen J.A. also stated that it was the degree to which the operations were integrated in a func-

visées par la définition de «pipeline» à l’art. 2 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* en raison de l’expression «les ouvrages, ou autres biens immeubles ou meubles, connexes». Par conséquent, il était d’avis que l’Office avait compétence à l’égard des installations projetées à Fort St. John.

B. *Cour d’appel fédérale*, [1996] 2 C.F. 263

Comme il a été souligné précédemment, la Cour d’appel fédérale a examiné ensemble l’appel de Westcoast contre la décision de l’Office concluant qu’il n’avait pas compétence à l’égard des installations projetées à Fort St. John ainsi que le renvoi concernant la compétence de l’Office à l’égard des installations projetées à Grizzly Valley. Exprimant la décision unanime de la cour (les juges Pratte et Stone souscrivant à ses motifs), le juge Hugessen a dit que les activités de Westcoast consistaient à transporter pour autrui du gaz naturel par pipeline. Il a appliqué le premier volet du critère établi dans *Central Western*, précité, pour déterminer si les installations de Westcoast constituaient une entreprise fédérale unique visée à l’al. 92(10)(a).

Le juge Hugessen a conclu que le fait que divers services ou activités pouvaient être fournis ou exercées, selon le cas, n’empêchait pas de conclure à l’existence d’une entreprise fédérale unique. Il a fait référence à la conclusion des membres majoritaires de l’Office que les installations de collecte et de traitement de Westcoast étaient des entreprises distinctes de la canalisation de transport principale parce que «le traitement du gaz et le transport du gaz sont des activités ou services fondamentalement différents», et il a déclaré, aux pp. 283 et 284:

Avec égards, j’estime que l’Office fait fausse route, car le fait que différentes activités soient exercées ou que différents services soient fournis ne peut en soi être déterminant quant à savoir si on a affaire à une ou à plusieurs entreprises. Ce n’est pas la différence entre les activités et les services, mais l’interaction entre ceux-ci et le fait qu’ils relèvent ou non de la même direction et partagent ou non des objectifs communs qui permettent de déterminer s’ils font partie d’une entreprise unique.

Le juge Hugessen a également déclaré que c’était la mesure dans laquelle les activités étaient

28

29

30

tional or business sense that determined whether they constituted one undertaking. He added that the conclusion of the majority of the Board that gathering and processing are fundamentally different activities and services was simply stated as a conclusion and was not supported by any detailed findings of fact which would permit a reasoned analysis of whether one was dealing with a single undertaking or more than one. He reproduced the detailed description of the gathering and processing facilities and their relationship to one another and the mainline transmission pipeline set out in Order No. MO-21-95, and stated at p. 289 that he found it impossible to read this description without concluding "that Westcoast is engaged in a single undertaking comprised of the business of gathering, processing and transporting natural gas".

31

In particular, he stated, at pp. 290-91, that the following facts supported this conclusion:

- (1) Westcoast is a provider of services only; it does not trade or deal in the gas it transports;
- (2) Processing is required to facilitate the transportation service provided by Westcoast. In particular, processing,
 - a) makes long distance transportation easier and safer from the point of view of the physical pipeline facilities themselves and,
 - b) removes components from the raw gas which would not be acceptable for transportation in populated areas from the point of view of public health and safety;
- (3) Processing is offered as a service exclusively to shippers on Westcoast's mainline transmission facilities; while some raw gas comes into some of Westcoast's processing facilities by means of gathering lines owned and operated by others, all fuel gas coming out of such processing plants is transported onwards by Westcoast;
- (4) The fuel gas which goes into Westcoast's mainline transmission facilities is, by far, the major component (over 80%) of the raw gas gathered and processed by Westcoast; the methane does not change during processing other than to have removed from it the hydrocarbon

intégrées sur le plan fonctionnel ou commercial qui déterminait si elles formaient une seule et même entreprise. Il a ajouté que l'avis des membres majoritaires que la collecte et le traitement sont des activités ou services fondamentalement différents était simplement énoncé comme une conclusion et n'était pas appuyé par des conclusions de fait détaillées permettant de trancher rationnellement la question de savoir si l'on était en présence d'une entreprise ou de plusieurs. Il a reproduit la description détaillée faite dans l'ordonnance n° MO-21-95 des installations de collecte et de traitement et de leurs liens les unes avec les autres et avec la canalisation de transport principale, et il a dit, à la p. 289, qu'il lui semblait impossible de lire cette description sans arriver à la conclusion «que Westcoast n'exploite qu'une seule entreprise englobant les activités de collecte, de traitement et de transport du gaz naturel».

En particulier, il a affirmé, aux pp. 290 et 291, que les faits suivants étayaient cette conclusion:

- (1) Westcoast n'est qu'un fournisseur de services; elle ne fait pas le commerce du gaz dont elle assure le transport;
- (2) Le traitement est nécessaire pour faciliter le transport assuré par Westcoast. Plus particulièrement,
 - a) il rend le transport sur de longues distances plus facile et plus sûr pour ce qui concerne les installations pipelinières elles-mêmes et
 - b) il débarrasse le gaz brut des composés dont le transport, dans les régions habitées, serait inacceptable sur le plan de la sécurité et de la santé publiques;
- (3) Le traitement est un service offert uniquement à l'expéditeur qui a recours aux canalisations principales de transport de Westcoast; bien qu'une certaine quantité de gaz brut soit acheminée dans certaines des installations de traitement de Westcoast au moyen de canalisations de collecte possédées et exploitées par d'autres, la totalité du gaz combustible provenant de ces usines de traitement est acheminée par Westcoast;
- (4) Le gaz combustible qui est acheminé dans les canalisations principales de transport de Westcoast est de loin le principal composant (plus de 80 %) du gaz brut collecté et traité par Westcoast; le méthane n'est pas modifié pendant le traitement, si ce n'est qu'il est débarrassé

liquids, hydrogen sulphide and other components which make transportation difficult or dangerous;

(5) Westcoast's facilities are not only physically interconnected and interdependent, they are, in some cases, interchangeable; some compressors may be used on either the raw gas or the fuel gas sides of the processing plants and some are apparently used on both;

(6) Fuel gas may be contractually delivered across provincial borders (by means of displacement) from all Westcoast processing plants, including those which take their raw gas supply from across provincial borders;

(7) The same personnel work on both the gathering and mainline transmission pipelines and they, together with the personnel of the processing plants, are subject to a unified central operational control and direction;

(8) Westcoast is the owner of all the facilities in question.

Hugessen J.A. concluded that Westcoast operated a single undertaking engaged in the inter-provincial and international transportation of natural gas by virtue of the combination of ownership, direction and control in the hands of Westcoast, together with the other factors he referred to. As such, it was subject to federal jurisdiction under s. 92(10)(a). He added that s. 92A of the *Constitution Act, 1867* did not affect this conclusion.

Hugessen J.A. went on to find that gas processing plants came within the definition of "pipeline" in s. 2 of the Act. The processing plants were an integral part of the mainline transmission pipeline undertaking to which they were connected and the phrase "real and personal property and works connected therewith" was broad enough to include them. The court allowed the appeal, set aside the decision of the Board declining jurisdiction in the Fort St. John proceeding and remitted the application back to the Board for a decision on its merits. It answered both of the questions stated in the reference in the affirmative.

des liquides d'hydrocarbures, de l'hydrogène sulfuré et d'autres substances qui rendent son transport difficile ou périlleux;

(5) Les installations de Westcoast sont non seulement reliées physiquement entre elles et interdépendantes, mais elles sont aussi parfois interchangeables; certains compresseurs peuvent être utilisés pour le gaz brut ou le gaz combustible dans les usines de traitement, et d'autres semblent être utilisés pour les deux;

(6) Le gaz combustible peut être acheminé, sur une base contractuelle, à l'extérieur de la province à partir de toutes les usines de traitement de Westcoast, y compris celles qui s'approvisionnent en gaz brut au-delà des limites de la province;

(7) Le même personnel est affecté aux installations de collecte et aux canalisations principales de transport et, tout comme le personnel des usines de traitement, il relève d'un même centre de direction et de contrôle des opérations;

(8) Westcoast est propriétaire de toutes les installations en cause.

Le juge Hugessen a conclu que Westcoast exploitait une entreprise unique de transport inter-provincial et international de gaz naturel en raison du fait qu'elle cumule propriété, direction et contrôle ainsi que de tous les autres facteurs dont il avait fait mention. En tant que telle, cette entreprise relevait de la compétence du fédéral en vertu de l'al. 92(10)a). Il a ajouté que l'art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'avait pas d'incidence sur cette conclusion.

Le juge Hugessen a poursuivi en concluant que les usines de traitement du gaz étaient visées par la définition de «pipeline» à l'art. 2 de la Loi. Elles faisaient partie intégrante de la canalisation de transport principale à laquelle elles étaient reliées, et l'expression «ouvrages, ou autres biens immeubles ou meubles, connexes» était assez large pour les inclure. La cour a accueilli l'appel, annulé la décision de l'Office dans laquelle celui-ci déclinait toute compétence et lui a renvoyé l'affaire pour qu'il se prononce sur le fond de la demande. La cour a répondu par l'affirmative aux deux questions énoncées dans le renvoi.

VI. Issues

34 On April 4, 1997, the Chief Justice stated the following constitutional question:

Given the division of authority between the Parliament of Canada and the legislatures of the provinces in the *Constitution Acts, 1867 to 1982*, are ss. 29, 30, 31, 33, 47, 52, 58 and 59 of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, applicable to the facilities proposed to be constructed by Westcoast Energy Inc. in respect of:

- (a) its Fort St. John Expansion Project, the subject of the application in proceeding GH-5-94 before the National Energy Board, and
- (b) its Grizzly Valley Expansion Project, as described in Order No. MO-21-95 of the National Energy Board?

35 Three issues arise on this appeal:

1. What degree of curial deference is owed to the Board's finding that gas processing and gas transmission are fundamentally different activities?
2. Do the proposed Fort St. John and Grizzly Valley gathering pipeline and gas processing facilities come within the jurisdiction of Parliament under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*?
3. If the proposed facilities come within federal jurisdiction, do the proposed gas processing plant facilities come within the definition of "pipeline" in s. 2 of the *National Energy Board Act*?

VII. Analysis

A. *What Degree of Curial Deference Is Owed to the Board's Finding that Gas Processing and Gas Transmission Are Fundamentally Different Activities?*

36 Before turning to the substantive legal issues raised on this appeal, and, in particular, to the constitutional question, we should address the preliminary issue of deference. The intervener, the Attor-

VI. Les questions en litige

Le 4 avril 1997, le Juge en chef a énoncé la question constitutionnelle suivante:

Compte tenu du partage des pouvoirs législatifs établi par les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* entre le Parlement du Canada et les législatures des provinces, les art. 29, 30, 31, 33, 47, 52, 58 et 59 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, s'appliquent-ils aux installations dont Westcoast Energy Inc. propose la construction dans le cadre:

- a) de son projet d'expansion de Fort St. John, qui fait l'objet de la demande présentée dans l'instance n° GH-5-94 devant l'Office national de l'énergie;
- b) de son projet d'expansion de Grizzly Valley, qui est décrit dans l'ordonnance n° MO-21-95 de l'Office national de l'énergie?

Le présent pourvoi soulève trois questions litigieuses:

1. Quel est le degré de retenue judiciaire dont il convient de faire montre à l'égard de la conclusion de l'Office que le traitement du gaz et le transport du gaz sont des activités fondamentalement différentes?
2. Les canalisations de collecte et installations de traitement du gaz projetées dans les régions de Fort St. John et de Grizzly Valley relèvent-elles de la compétence du Parlement en vertu de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
3. Si les installations projetées relèvent de la compétence du fédéral, les installations de traitement du gaz projetées sont-elles visées par la définition de «pipeline» à l'art. 2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*?

VII. L'analyse

A. *Quel est le degré de retenue judiciaire dont il convient de faire montre à l'égard de la conclusion de l'Office que le traitement du gaz et le transport du gaz sont des activités fondamentalement différentes?*

Avant d'aborder les questions de droit substantiel soulevées dans le cadre du présent pourvoi et en particulier la question constitutionnelle, il convient de répondre à la question préliminaire con-

ney General of Nova Scotia, puts forth the argument that in reaching its decision, the Federal Court of Appeal failed to accord due deference to the findings of fact made by the majority of the Board on the Fort St. John application. Reference is made specifically to the Board's finding at p. 9 that "gas processing and gas transmission are fundamentally different activities or services", and to the Federal Court of Appeal's statement at p. 284 that:

... the majority's view that gathering and processing are "fundamentally different activities and services" is simply stated as a conclusion and is not supported by any detailed findings of fact which would permit any reasoned analysis of whether one is dealing with a single undertaking or more than one.

The thrust of the argument is that by criticizing the way in which the Board reached its conclusion as to the character of the activities in question, the court improperly rejected this "finding of fact". As the Board is an expert tribunal, the argument goes, the standard of review applied to findings within its expertise ought to be patent unreasonableness, or at least reasonableness *simpliciter*. See *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748. By substituting its own findings for those made by the Board in the absence of palpable or overriding error, therefore, the court committed an error of law. If the court was of the opinion that the Board's legal conclusions were not amply supported by its findings of fact, then the matter should have been remitted to the Board to decide the case in a manner consistent with the reasons of the court. For several reasons, we are unable to agree.

To begin with, it is necessary to examine more precisely the nature of the Board's finding in question. While appellate courts will generally accord deference to findings of fact made by a tribunal, this is not equally true of findings of law. However, when the problem is one of mixed law and

cernant la retenue judiciaire. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse intervenant avance l'argument que, en rendant sa décision, la Cour d'appel fédérale n'a pas fait montre de la retenue nécessaire à l'égard des conclusions de fait tirées par les membres majoritaires de l'Office dans le cadre de la demande concernant le projet Fort St. John. Il fait référence en particulier à la conclusion de l'Office, à la p. 9, que «le traitement du gaz et le transport du gaz sont des activités ou services fondamentalement différents», et à la déclaration suivante de la Cour d'appel fédérale, à la p. 284:

... l'avis de la majorité selon lequel la collecte et le traitement sont «des activités ou services fondamentalement différents» est simplement énoncé comme une conclusion et n'est pas appuyé de conclusions de fait détaillées qui permettraient de trancher rationnellement la question de savoir si on est en présence d'une seule entreprise ou de plusieurs.

L'essentiel de cet argument est que, en critiquant la façon dont l'Office a tiré sa conclusion quant à la nature des activités en cause, la cour a rejeté à tort cette «conclusion de fait». Selon cet argument, étant donné que l'Office est un tribunal spécialisé, la norme de contrôle applicable aux conclusions relevant de son expertise devrait être celle du caractère manifestement déraisonnable ou, du moins, de la décision raisonnable *simpliciter*. Voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748. La cour aurait donc commis une erreur de droit en substituant ses propres conclusions à celles de l'Office en l'absence d'erreur manifeste ou dominante. Si la cour était d'avis que les conclusions de droit de l'Office n'étaient pas suffisamment étayées par ses conclusions de fait, elle aurait dû renvoyer l'affaire à l'Office pour qu'il statue sur celle-ci d'une manière conforme avec les motifs de la cour. Pour plusieurs raisons, nous ne pouvons accepter cet argument.

D'abord, il est nécessaire d'examiner plus en profondeur la nature de la conclusion litigieuse de l'Office. Alors que les cours d'appel font montre de retenue à l'égard des conclusions de fait d'un tribunal administratif, il n'en va pas autant à l'égard des conclusions de droit d'un tel tribunal.

fact — a question about whether the facts satisfy the applicable legal tests — some measure of deference is owed. Appellate courts should be reluctant to venture into a re-examination of the conclusions of the tribunal on such questions. See *Southam, supra*.

39

Although at first glance it may appear that the finding on which this controversy centres is one of fact, modest examination reveals that it is one of mixed law and fact. The key to this determination is to consider the purpose for which the finding was made, that is, what question it was intended to answer. Clearly, the characterization of processing and gathering as independent activities was not a pure finding of fact in the true sense, but rather, an inference drawn from other, detailed findings related to the natural gas industry and the business operations of Westcoast. It was meant as a partial answer to the core of the constitutional question at issue on this appeal, which is whether the Westcoast operations constitute a single undertaking or multiple undertakings. Thus, it was not simply a statement of the facts of the natural gas industry or the business of Westcoast. It went one step further as it was an opinion as to the constitutional significance of these facts, or, to use the language in *Southam*, at para. 35, an assessment of “whether the facts satisfy the legal tests”.

40

As stated above, even questions of mixed law and fact are to be accorded some measure of deference, but this is not so in every case. It would be particularly inappropriate to defer to a tribunal like the Board, the expertise of which lies completely outside the realm of legal analysis, on a question of constitutional interpretation. Questions of this type must be answered correctly and are subject to overriding by the courts. It seems reasonable to accept the proposition that courts are in a better position than administrative tribunals to adjudicate constitutional questions. It is interesting to note

Cependant, lorsqu’il s’agit d’une question mixte de droit et de fait — c’est-à-dire lorsqu’il faut déterminer si les faits satisfont aux critères juridiques applicables — un certain degré de retenue s’impose. Les cours d’appel devraient hésiter à réexaminer les conclusions du tribunal sur de telles questions. Voir *Southam*, précité.

Bien que, à première vue, la conclusion sur laquelle porte la controverse puisse sembler une conclusion de fait, il ressort d’un examen sommaire de celle-ci qu’il s’agit plutôt d’une question de droit et de fait. La clé de cette constatation consiste à se demander dans quel but on a tiré cette conclusion, c’est-à-dire à quelle question on voulait répondre. De toute évidence, le fait de qualifier d’activités indépendantes le traitement et la collecte du gaz ne constituait pas une conclusion de fait proprement dite, mais plutôt une inférence faite à partir d’autres conclusions détaillées concernant l’industrie du gaz naturel et les activités commerciales de Westcoast. Elle se voulait une réponse partielle à la question constitutionnelle fondamentale soulevée par le présent pourvoi, c’est-à-dire la question de savoir si les activités de Westcoast constituent une ou plusieurs entreprises. En conséquence, cette inférence n’était pas un simple exposé de faits concernant l’industrie du gaz naturel ou les activités de Westcoast. Elle allait un peu plus loin que cela, puisqu’il s’agissait d’une opinion sur l’importance constitutionnelle de ces faits ou, pour reprendre l’expression utilisée dans l’arrêt *Southam*, précité, au par. 35, d’un examen de la question de savoir «si les faits satisfont au critère juridique».

Comme il a été dit plus tôt, il faut faire montre d’un certain degré de retenue même à l’égard des questions mixtes de droit et de fait, mais pas dans tous les cas. Il serait particulièrement inapproprié, relativement à une question d’interprétation constitutionnelle, de faire montre de retenue à l’égard de la décision d’un tribunal tel l’Office, dont le champ d’expertise est tout à fait distinct du domaine de l’analyse juridique. Les tribunaux administratifs doivent répondre correctement aux questions de cette nature, à défaut de quoi leurs décisions sont susceptibles d’annulation par les cours de justice.

that this particular panel's professional training was not in law. So, although the question here was one of mixed law and fact, it follows that the Board was not entitled to deference because of the nature of the legal question to be answered.

However, it is not clear to us that the court in fact rejected the finding in question. As we develop in detail below, the case law makes it clear that "different activities or services" may nonetheless form part of the same undertaking. Whether two activities are of different kinds and whether they constitute one or multiple undertakings are two separate questions; while the former may be one of mixed law and fact, the latter is purely one of law. In this connection, we observe that the Federal Court of Appeal does not seem to have rejected the Board's finding that the gathering and processing operations conducted by Westcoast constituted "different activities or services". Instead, it disagreed with the Board as to the legal consequences of that conclusion at pp. 283-84:

As we have seen, the majority of the Board were of the view that Westcoast's gathering and processing facilities were separate undertakings from mainline transmission because "gas processing and gas transmission are fundamentally different activities or services". With respect, it seems to me that this observation misses the mark; the fact that different activities are carried on or services provided cannot by itself be determinative of whether one is dealing with more than one undertaking. It is not the difference between the activities and services but the inter-relationship between them, and whether or not they have a common direction and purpose which will determine whether they form part of a single undertaking.

It seems to us, in light of the foregoing, that the Court of Appeal did not err in the way in which it treated the findings of the Board. The court clearly

Il semble raisonnable d'accepter la proposition que les cours sont mieux placées que les tribunaux administratifs pour statuer sur des questions constitutionnelles. Il est intéressant de souligner que les membres concernés de l'Office n'avaient pas de formation juridique. Ainsi, même si la question en cause était une question de droit et de fait, il s'ensuit qu'il n'était pas nécessaire de faire montre de retenue envers l'Office, compte tenu de la nature de la question de droit qui devait être tranchée.

Cependant, nous ne sommes pas convaincus que la cour a, dans les faits, rejeté la conclusion en cause. Comme nous l'expliquerons en détail plus loin, la jurisprudence indique clairement que des «activités ou services [...] différents» peuvent néanmoins faire partie de la même entreprise. La question de savoir si deux activités sont de nature différente et celle de savoir si elles constituent une ou plusieurs entreprises sont deux questions distinctes. Alors que la première question peut constituer une question de droit et de fait, la deuxième est strictement une question de droit. À ce sujet, nous faisons remarquer que la Cour d'appel fédérale ne semble pas avoir rejeté la conclusion de l'Office que les activités de collecte et de traitement de Westcoast constituaient «des activités ou services [...] différents». Elle a plutôt exprimé son désaccord avec l'Office à propos des conséquences juridiques de cette conclusion, aux pp. 283 et 284:

Comme nous l'avons vu, l'Office a estimé, à la majorité, que les installations de collecte et de traitement de Westcoast sont des entreprises distinctes de la canalisation principale de transport parce que «le traitement du gaz et le transport du gaz sont des activités ou services fondamentalement différents». Avec égards, j'estime que l'Office fait fausse route, car le fait que différentes activités soient exercées ou que différents services soient fournis ne peut en soi être déterminant quant à savoir si on a affaire à une ou à plusieurs entreprises. Ce n'est pas la différence entre les activités et les services, mais l'interaction entre ceux-ci et le fait qu'ils relèvent ou non de la même direction et partagent ou non des objectifs communs qui permettent de déterminer s'ils font partie d'une entreprise unique.

Vu ce qui précède, il nous semble que la Cour d'appel fédérale n'a pas commis d'erreur dans la façon dont elle a traité les conclusions de l'Office.

accepted the Board's conclusion as to the different activities carried on by Westcoast, but differed as to the constitutional effect of this conclusion. No deference was owed, because the issue was a pure question of law, which was wholly outside the Board's otherwise considerable expertise. Therefore, we conclude that the Federal Court of Appeal applied the proper standard of review to the ultimate decision of the Board, namely, the standard of correctness.

B. *Do the Proposed Fort St. John and Grizzly Valley Gathering Pipeline and Gas Processing Facilities Come Within the Jurisdiction of Parliament Under Section 92(10)(a) of the Constitution Act, 1867?*

43

Subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867* provides generally that local works and undertakings within a province come within provincial jurisdiction. However, the combined effect of ss. 91(29) and 92(10)(a) creates an exception whereby Parliament has exclusive jurisdiction over works and undertakings that come within the phrase "Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province" in s. 92(10)(a). The effect of s. 92(10)(a) is that interprovincial transportation and communications works and undertakings fall within federal jurisdiction. See the discussion by Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at pp. 22-2 and 22-3.

44

Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd., [1954] S.C.R. 207, confirmed that a pipeline which extends beyond the boundaries of a province, such as the Westcoast mainline transmission pipeline, is a federal transportation undertaking under s. 92(10)(a). It is apparent that whether the Board has jurisdiction over the construction and operation of the proposed Fort St. John and

La cour a clairement accepté la conclusion de l'Office quant aux différentes activités exercées par Westcoast, mais elle a divergé d'opinion quant à l'effet de cette conclusion sur le plan constitutionnel. Elle n'avait pas à faire montre de retenue, puisqu'il s'agissait purement d'une question de droit ne relevant absolument pas du champ d'expertise par ailleurs considérable de l'Office. Par conséquent, nous concluons que la Cour d'appel fédérale a appliqué à la décision ultime de l'Office la norme de contrôle appropriée, soit la norme de la décision correcte.

B. *Les canalisations de collecte et installations de traitement du gaz projetées dans les régions de Fort St. John et de Grizzly Valley relèvent-elles de la compétence du Parlement en vertu de l'al. 92(10)a) de la Loi constitutionnelle de 1867?*

Le paragraphe 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* indique de façon générale que les ouvrages et entreprises d'une nature locale qui se trouvent dans les limites d'une province relèvent de la compétence de celle-ci. Cependant, l'effet conjugué des art. 91(29) et 92(10)a) crée une exception conférant au Parlement la compétence exclusive sur les ouvrages et les entreprises visés par l'expression «lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province» qui figure à l'al. 92(10)a). Sous l'effet de l'al. 92(10)a), les ouvrages et entreprises de transport et de communications de nature interprovinciale relèvent de la compétence du fédéral. Voir l'analyse du professeur Hogg dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, aux pp. 22-2 et 22-3.

L'arrêt *Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207, a confirmé qu'un pipeline qui franchit les limites d'une province — comme le fait la canalisation de transport principale de Westcoast — est une entreprise fédérale de transport visée à l'al. 92(10)a). Il est manifeste que la question de savoir si la construction et l'exploitation de la canalisation de collecte et des installa-

Grizzly Valley gathering pipeline and gas processing plant facilities under the *National Energy Board Act* depends on whether these facilities also come within federal jurisdiction under s. 92(10)(a).

It is well settled that the proposed facilities may come within federal jurisdiction under s. 92(10)(a) in one of two ways. First, they are subject to federal jurisdiction if the Westcoast mainline transmission pipeline, gathering pipelines and processing plants, including the proposed facilities, together constitute a single federal work or undertaking. Second, if the proposed facilities do not form part of a single federal work or undertaking, they come within federal jurisdiction if they are integral to the mainline transmission pipeline. See *Central Western*, *supra*, per Dickson C.J., at pp. 1124-25:

There are two ways in which Central Western may be found to fall within federal jurisdiction and thus be subject to the *Canada Labour Code*. First, it may be seen as an interprovincial railway and therefore come under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* as a federal work or undertaking. Second, if the appellant can be properly viewed as integral to an existing federal work or undertaking it would be subject to federal jurisdiction under s. 92(10)(a). For clarity, I should point out that these two approaches, though not unrelated, are distinct from one another. For the former, the emphasis must be on determining whether the railway is itself an interprovincial work or undertaking. Under the latter, however, jurisdiction is dependent upon a finding that regulation of the subject matter in question is integral to a core federal work or undertaking. [Emphasis in original.]

Thus, the first issue is whether the Westcoast mainline transmission pipeline, gathering pipelines and processing plants, including the proposed facilities, together constitute a single federal work or undertaking. If not, we must consider whether the gathering pipeline and processing plant facili-

tions de traitement du gaz projetées dans les régions de Fort St. John et de Grizzly Valley relèvent de la compétence de l'Office aux termes de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* dépend de celle de savoir si ces installations relèvent de la compétence du fédéral en vertu de l'al. 92(10)(a).

Il est bien établi que les installations projetées peuvent, de l'une ou l'autre de deux façons, relever de la compétence du fédéral en vertu de l'al. 92(10)(a). Premièrement, elles sont assujetties au pouvoir de légiférer du fédéral si la canalisation de transport principale, les canalisations de collecte et les usines de traitement de Westcoast, y compris les installations projetées, constituent ensemble une entreprise ou un ouvrage fédéral unique. Deuxièmement, dans le cas où les installations projetées ne feraient pas partie d'un tel ouvrage ou d'une telle entreprise, elles relèvent de la compétence fédérale si elles font partie intégrante de la canalisation de transport principale. Voir les propos du juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Central Western*, précité, aux pp. 1124 et 1125:

Il y a deux façons dont Central Western peut être considérée comme relevant de la compétence fédérale et, partant, du *Code canadien du travail*. Premièrement, on peut considérer qu'il s'agit d'un chemin de fer interprovincial qui tombe en conséquence dans le champ d'application de l'al. 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à titre d'ouvrage ou d'entreprise de compétence fédérale. Deuxièmement, si l'on peut à bon droit voir l'appelante comme faisant partie intégrante d'un ouvrage ou d'une entreprise à caractère fédéral qui existe déjà, elle relève de la compétence fédérale suivant l'al. 92(10)(a). Par souci de clarté, je tiens à préciser que ces deux approches, en dépit de leur connexité, sont distinctes l'une de l'autre. Dans le premier cas, il s'agit surtout de déterminer si le chemin de fer constitue en lui-même un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale. Dans le second cas, cependant, la compétence tient à une conclusion que la réglementation de la matière en question fait partie intégrante d'une entreprise fédérale principale. [Souligné dans l'original.]

La première question consiste donc à déterminer si la canalisation de transport principale, les canalisations de collecte et les usines de traitement de Westcoast, y compris les installations projetées, constituent ensemble un ouvrage ou une entreprise fédérale unique. Si la réponse est non, nous devons

ties are essential, vital and integral to the mainline transmission pipeline undertaking.

1. Do the Westcoast Mainline Transmission Pipeline, Gathering Pipelines and Processing Plants Together Constitute a Single Federal Work or Undertaking?

(a) *The Features of a Single Federal Undertaking*

⁴⁷ Section 92(10)(a) refers to both “works” and “undertakings”. “Works” were defined in *City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333 (P.C.), at p. 342, as “physical things, not services”. Since the proposed gathering pipeline and processing plant facilities will be located entirely within the province of British Columbia, it seems clear that they would constitute local works. As a result, the submissions of the parties concentrated on whether Westcoast operated a single federal undertaking. “Undertaking” was defined in *Re Regulation & Control of Radio Communication*, [1932] 2 D.L.R. 81 (P.C.), at p. 86, as “not a physical thing but . . . an arrangement under which . . . physical things are used”. Professor Hogg concludes in *Constitutional Law of Canada*, *supra*, at p. 22-4, that the term “undertaking” appears to be equivalent to “organization” or “enterprise”. In *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225 (“A.G.T.”), Dickson C.J. stated at p. 259 that “[t]he primary concern is not the physical structures or their geographical location, but rather the service which is provided by the undertaking through the use of its physical equipment.”

⁴⁸ The cases grouped under what has become known as the first test in *Central Western*, *supra*, demonstrate that whether a single federal undertak-

nous demander si la canalisation de collecte et les installations de traitement du gaz sont essentielles, vitales et fondamentales pour la canalisation de transport principale.

1. La canalisation de transport principale, les canalisations de collecte et les usines de traitement de Westcoast constituent-elles ensemble une entreprise ou un ouvrage fédéral unique?

a) *Les caractéristiques d'une entreprise fédérale unique*

L'alinéa 92(10)a fait état tant des «ouvrages» que des «entreprises». Le terme «ouvrages» a été défini dans l'arrêt *City of Montreal c. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333 (C.P.), à la p. 342, comme [TRADUCTION] «des choses matérielles et non des services». Étant donné que la canalisation de collecte et les installations de traitement du gaz projetées sont situées entièrement en Colombie-Britannique, il semble clair qu'ils constitueront des ouvrages d'une nature locale. Par conséquent, les arguments des parties ont porté principalement sur la question de savoir si Westcoast exploitait une entreprise fédérale unique. Dans l'arrêt *Re Regulation & Control of Radio Communication*, [1932] 2 D.L.R. 81 (C.P.), à la p. 86, on a défini le mot «entreprise» en disant que c'était non pas [TRADUCTION] «une chose matérielle, mais [. . .] un arrangement dans le cadre duquel [. . .] des choses matérielles sont utilisées». Le professeur Hogg conclut, dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada*, *op. cit.*, à la p. 22-4, que le mot «undertaking» utilisé dans la version anglaise semble équivaloir aux mots «organization» ou «enterprise». Dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225 («A.G.T.»), le juge en chef Dickson a dit, à la p. 259, qu'«[i]l faut se préoccuper principalement non pas des structures matérielles ou de leur emplacement géographique, mais plutôt du service que l'entreprise fournit au moyen de ses installations matérielles.»

Il ressort des arrêts regroupés sous ce qu'il est convenu d'appeler le premier volet du critère établi dans *Central Western*, précité, que, pour l'applica-

ing exists for the purposes of s. 92(10)(a) depends on a number of factors. It is clear that the mere fact that a local work or undertaking is physically connected to an interprovincial undertaking is insufficient to render the former a part of the latter. See *Central Western, supra*, at pp. 1128-29. The fact that both operations are owned by the same entity is also insufficient. In *A.G.T., supra*, Dickson C.J. stated at p. 263 that “[t]his Court has made it clear in this area of constitutional law that the reality of the situation is determinative, not the commercial costume worn by the entities involved” and, at p. 265, that “[o]wnership itself is not conclusive”. A single entity may own more than one undertaking. See *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122 (P.C.) (the *Empress Hotel* case), at p. 143.

In order for several operations to be considered a single federal undertaking for the purposes of s. 92(10)(a), they must be functionally integrated and subject to common management, control and direction. Professor Hogg states, at p. 22-10, that “[i]t is the degree to which the [various business] operations are integrated in a functional or business sense that will determine whether they constitute one undertaking or not”. He adds, at p. 22-11, that the various operations will form a single undertaking if they are “actually operated in common as a single enterprise”. In other words, common ownership must be coupled with functional integration and common management. A physical connection must be coupled with an operational connection. A close commercial relationship is insufficient. See *Central Western, supra*, at p. 1132.

Common management and operational control was determinative in *Luscar Collieries, Ltd. v. McDonald*, [1927] A.C. 925 (P.C.), and their absence was determinative in *Central Western, supra*. In *Luscar, supra*, the Privy Council held that a short line of railway located entirely within

tion de l’al. 92(10)a), l’existence d’une entreprise fédérale unique dépend d’un certain nombre de facteurs. Il est clair que le simple fait qu’un ouvrage ou une entreprise de nature locale soit physiquement relié à une entreprise interprovinciale ne suffit pas à en faire une partie de cette dernière. Voir *Central Western*, précité, aux pp. 1128 et 1129. Le fait que les deux exploitations appartiennent à la même entité est également insuffisant. Dans *A.G.T.*, précité, le juge en chef Dickson a déclaré, à la p. 263, que «[l]a Cour a clairement affirmé dans ce domaine du droit constitutionnel que ce sont les faits de l’espèce qui sont déterminants et non la structure commerciale que revêtent les entités visées» et, à la p. 265, que «[l]e fait d’être propriétaire n’est pas en soi décisif». Une seule entité peut posséder plus d’une entreprise. Voir *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122 (C.P.) (l’arrêt *Empress Hotel*), à la p. 143.

Pour être considérées comme une entreprise fédérale unique pour l’application de l’al. 92(10)a), les diverses activités visées doivent être intégrées sur le plan fonctionnel et être assujetties à une gestion, à une direction et à un contrôle communs. Le professeur Hogg affirme, à la p. 22-10, que [TRADUCTION] «[c]’est la mesure dans laquelle les [diverses] activités sont intégrées sur le plan fonctionnel ou commercial qui détermine si elles forment ou non une seule et même entreprise». Il ajoute, à la p. 22-11, que les diverses activités formeront une entreprise unique si elles sont [TRADUCTION] «de fait, exercées en commun en tant qu’exploitation unique». Autrement dit, outre un propriétaire unique, il doit y avoir intégration fonctionnelle et gestion commune. Le lien physique doit être assorti d’un lien opérationnel. L’existence de rapports commerciaux étroits ne suffit pas. Voir *Central Western*, précité, à la p. 1132.

L’existence d’une gestion et d’un contrôle des opérations communs a été déterminante dans *Luscar Collieries, Ltd. c. McDonald*, [1927] A.C. 925 (C.P.), alors que l’absence de ces facteurs a été décisive dans *Central Western*, précité. Dans *Luscar*, précité, le Conseil privé a conclu qu’une

Alberta formed part of the Canadian National Railway Company ("CN") federal railway undertaking. Although the line was owned by the appellant Luscar, Lord Warrington focused at pp. 932-33 on the fact that it was operated by CN pursuant to several agreements:

Their Lordships agree with the opinion of Duff J. that the Mountain Park Railway and the Luscar Branch are, under the circumstances hereinbefore set forth, a part of a continuous system of railways operated together by the Canadian National Railway Company, and connecting the Province of Alberta with other Provinces of the Dominion. . . .

In the present case, having regard to the way in which the railway is operated, their Lordships are of the opinion that it is in fact a railway connecting the Province of Alberta with others of the Provinces, and therefore falls within s. 92, head 10 (a), of the Act of 1867. There is a continuous connection by railway between the point of the Luscar Branch farthest from its junction with the Mountain Park Branch and parts of Canada outside the Province of Alberta. If under the agreements hereinbefore mentioned the Canadian National Railway Company should cease to operate the Luscar Branch, the question whether under such altered circumstances the railway ceases to be within s. 92, head 10 (a), may have to be determined, but that question does not now arise. [Emphasis added.]

51

The question left open by the Privy Council in the concluding sentence of this passage arose in *Central Western, supra*, which also involved a short line of railway located entirely within Alberta. The appellant Central Western Railway Corporation had purchased the line from CN but, unlike the situation in *Luscar, supra*, CN did not operate the line. Dickson C.J. distinguished *Luscar, supra*, on this basis and held that the absence of a close operational connection in the case before the Court meant that the Central Western line did not form part of the CN federal railway undertaking for the purposes of s. 92(10)(a). The close commercial relationship between Central Western and CN was insufficient. He summarized his position at p. 1132:

courte voie ferrée située entièrement en Alberta faisait partie de l'entreprise ferroviaire fédérale Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada («CN»). Même si la voie ferrée appartenait à l'appelante Luscar, lord Warrington s'est attaché, aux pp. 932 et 933, au fait qu'elle était exploitée par le CN conformément à plusieurs accords:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries conviennent, à l'instar du juge Duff, que le chemin de fer Mountain Park et l'embranchement Luscar, vu les circonstances de l'espèce, font partie d'un même réseau continu de chemins de fer exploité par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et qui relie la province d'Alberta aux autres provinces canadiennes. . . .

Dans la présente affaire, considérant le mode d'exploitation du chemin de fer, leurs Seigneuries sont d'avis qu'il s'agit en fait d'un chemin de fer reliant la province d'Alberta avec d'autres provinces et, par conséquent, visé par l'al. 92(10)a) de l'Acte de 1867. Il existe une liaison ferroviaire continue entre le point de l'embranchement Luscar le plus éloigné de son point de jonction avec l'embranchement Mountain Park et certaines parties du Canada situées à l'extérieur de l'Alberta. Si, en vertu des accords susmentionnés, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada devait cesser d'exploiter l'embranchement Luscar, il se peut que, dans cette nouvelle situation, la question de savoir si le chemin de fer n'est plus visé par l'al. 92(10)a) doive être décidée, mais cette question ne se pose pas maintenant. [Je souligne.]

La question à laquelle n'a pas répondu le Conseil privé à la fin de cet extrait s'est posée dans l'affaire *Central Western*, précitée, qui portait elle aussi sur une petite voie ferrée située entièrement en Alberta. L'appelante, Central Western Railway Corporation, avait acheté la voie du CN, mais, contrairement à la situation dans l'affaire *Luscar*, précitée, le CN n'exploitait pas la voie en question. Le juge en chef Dickson a, sur ce fondement, distingué les affaires *Luscar* et *Central Western*, précitées, et il a statué que l'absence d'un lien opérationnel étroit dans l'affaire dont la Cour était saisie signifiait que la voie de Central Western ne faisait pas partie de l'entreprise ferroviaire fédérale du CN pour l'application de l'al. 92(10)a). Les rapports commerciaux étroits qui existaient entre Central Western et CN ne suffisaient pas. Il a résumé sa position ainsi, à la p. 1132:

In my view, while the factors mentioned by the respondents indicate a close commercial relationship between the two railways they do not show that CN operates Central Western. Rather, the sale of Central Western has resulted in a fundamental change in the management of the rail line. Most notably, the difference is manifested in the daily control of the business of the rail line. The distribution of the grain cars along the rail line is handled by the appellant, and CN rail cars do not travel on Central Western, nor does the federal rail company participate in the management of any of the leases connected to the property. Basically, CN exercises no control over the running of the rail line, making it difficult to view Central Western as a federal work or undertaking.

This inquiry into whether various operations are functionally integrated and managed in common requires a careful examination of the factual circumstances of any given case. In *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115, at p. 132, it was stated that “one must look at the normal or habitual activities of the business as those of ‘a going concern’, without regard for exceptional or casual factors”. As was stressed by Dickson C.J. in *A.G.T.*, *supra*, at pp. 257-58, the court must focus on “the nature or character of the undertaking that is in fact being carried on”. He went on to state, at p. 258:

It is impossible, in my view, to formulate in the abstract a single comprehensive test which will be useful in all of the cases involving s. 92(10)(a). The common theme in the cases is simply that the court must be guided by the particular facts in each situation. . . . Useful analogies may be found in the decided cases, but in each case the determination of this constitutional issue will depend on the facts which must be carefully reviewed as was done by the trial judge in the present appeal.

The manner in which the undertaking might have been structured or the manner in which other similar undertakings are carried on is irrelevant. This principle was emphasized by Lord Porter in

À mon avis, si les facteurs mentionnés par les intimés révèlent l'existence de rapports commerciaux étroits entre les deux compagnies de chemin de fer, ils n'établissent pas que la voie de Central Western est exploitée par CN. Au contraire, la vente de cette voie a entraîné un changement fondamental dans la gestion de celle-ci. Cette différence se manifeste principalement dans la gestion quotidienne des affaires reliées à la voie en question. En effet, c'est l'appelante qui s'occupe de la répartition des wagons à grain le long de la voie et les wagons de CN ne circulent pas sur le chemin de fer Central Western. De plus, la compagnie ferroviaire fédérale ne participe pas à la gestion des baux afférents aux biens-fonds. Tout compte fait, CN n'exerce aucun contrôle sur l'exploitation du chemin de fer Central Western, tant et si bien qu'on peut difficilement considérer celui-ci comme un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale.

Cette analyse de la question de savoir si diverses activités sont intégrées du point de vue fonctionnel et gérées en commun commande un examen minutieux des faits propres à chaque espèce. Dans *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115, la Cour a déclaré, à la p. 132, qu'«il faut considérer les activités normales ou habituelles de l'affaire en tant qu'«entreprise active», sans tenir compte de facteurs exceptionnels ou occasionnels». Comme l'a souligné le juge en chef Dickson dans *A.G.T.*, précité, à la p. 258, le tribunal doit faire porter principalement son examen sur «la nature ou le caractère de l'entreprise qui est en fait exploitée». Il a poursuivi en disant ce qui suit, à la p. 258:

À mon avis, il est impossible de formuler en l'absence de contexte un seul critère qui soit complet et utile dans tous les cas relatifs à l'al. 92(10)a). Le dénominateur commun de ces arrêts est simplement que ce sont les faits particuliers de chaque cas qui doivent guider le tribunal [. . .] Il est possible de trouver des analogies utiles dans la jurisprudence, mais dans chaque cas, la réponse à cette question constitutionnelle variera selon les faits qui doivent être examinés soigneusement comme l'a fait le juge de première instance en l'espèce.

La façon dont l'entreprise aurait pu être structurée ou celle dont d'autres entreprises analogues sont exploitées ne sont pas pertinentes. Ce principe a été souligné par lord Porter dans l'arrêt *Attorney-*

Attorney-General for Ontario v. Winner, [1954] A.C. 541 (P.C.), at pp. 581-82:

The question is not what portions of the undertaking can be stripped from it without interfering with the activity altogether; it is rather what is the undertaking which is in fact being carried on. Is there one undertaking, and as part of that one undertaking does the respondent carry passengers between two points both within the province, or are there two?

The undertaking in question is in fact one and indivisible. It is true that it might have been carried on differently and might have been limited to activities within or without the province, but it is not, and their Lordships do not agree that the fact that it might be carried on otherwise than it is makes it or any part of it any the less an interconnecting undertaking.

54

The fact that one aspect of a business is dedicated exclusively or even primarily to the operation of the core interprovincial undertaking is an indication of the type of functional integration that is necessary for a single undertaking to exist. See *Empress Hotel*, *supra*, where the Privy Council held that the Empress Hotel in Victoria, British Columbia did not form part of the appellant's federal railway undertaking, but suggested in *obiter dicta* at p. 144 that a hotel built by the railway exclusively to serve its passengers could:

It appears from the facts stated in the order of reference that the appellant has so interpreted its powers and that in the *Empress Hotel* it does carry on general hotel business. It may be that, if the appellant chose to conduct a hotel solely or even principally for the benefit of travellers on its system, that hotel would be a part of its railway undertaking. Their Lordships do not doubt that the provision of meals and rest for travellers on the appellant's system may be a part of its railway undertaking whether that provision is made in trains or at stations, and such provision might be made in a hotel. But the *Empress Hotel* differs markedly from such a hotel. Indeed, there is little, if anything, in the facts stated to distinguish it from an independently owned hotel in a

General for Ontario c. Winner, [1954] A.C. 541 (C.P.), aux pp. 581 et 582:

[TRADUCTION] La question n'est pas de savoir de laquelle de ses parties on peut dépouiller l'entreprise sans affecter l'ensemble de ses activités; c'est au contraire de savoir quelle est la nature de l'entreprise que l'on exploite. Y a-t-il une seule entreprise, et une partie de cette entreprise de l'intimé consiste-t-elle à transporter des voyageurs entre deux points qui se trouvent tous deux dans les limites de la province, ou y a-t-il deux entreprises?

Il s'agit, en l'instance, d'une entreprise unique et indivisible. Certes, on aurait pu l'exploiter de façon différente et en confiner l'activité soit dans les limites de la province, soit en dehors de celles-ci, mais ce n'est pas le cas, et leurs Seigneuries ne peuvent admettre que la possibilité qu'une entreprise puisse être exercée d'une autre façon qu'elle ne l'est, puisse modifier, en tout ou en partie, son statut d'entreprise interprovinciale ou internationale.

Le fait que l'un des aspects des activités soit affecté exclusivement ou même principalement à l'exploitation de l'entreprise interprovinciale principale est un indice du type d'intégration fonctionnelle nécessaire à l'existence d'une entreprise unique. Voir l'arrêt *Empress Hotel*, précité, dans lequel le Conseil privé a statué que l'hôtel *Empress* à Victoria (Colombie-Britannique) ne faisait pas partie de l'entreprise ferroviaire fédérale de l'appelante, suggérant toutefois, dans une remarque incidente, à la p. 144, qu'un hôtel construit par la compagnie ferroviaire exclusivement pour servir ses passagers pourrait en faire partie:

[TRADUCTION] Il ressort des faits énoncés dans l'ordonnance de renvoi que l'appelante a ainsi interprété ses pouvoirs et qu'elle exerce des activités hôtelières générales à l'hôtel *Empress*. Dans l'hypothèse où l'appelante a choisi d'exploiter un hôtel pour le seul ou pour le principal bénéfice des voyageurs utilisant son réseau, il est possible que cet hôtel fasse partie de son entreprise de chemin de fer. Fournir repas et repos aux voyageurs empruntant son réseau peut constituer, leurs Seigneuries n'en doutent pas, une fonction de l'entreprise de l'appelante, que ces services soient offerts dans les trains ou dans les gares; ils peuvent aussi l'être dans un hôtel. Toutefois, l'hôtel *Empress* diffère considérablement d'un tel hôtel. Très peu d'éléments, s'il en est, dans les

similar position. No doubt the fact that there is a large and well-managed hotel at Victoria tends to increase the traffic on the appellant's system; it may be that the appellant's railway business and hotel business help each other, but that does not prevent them from being separate businesses or undertakings. [Emphasis added.]

This reasoning was adopted in *Dome Petroleum Ltd. v. National Energy Board* (1987), 73 N.R. 135 (F.C.A.), where underground storage caverns were held to form part of an interprovincial natural gas pipeline undertaking. The court focused on the fact that the facilities were provided exclusively for the benefit of the shippers at pp. 139-40:

The relationship of the storage caverns to Cochin's undertaking differs markedly from that of the Empress Hotel to Canadian Pacific's railway undertaking.

The terminalling facilities of a pipeline, whoever provides them and whatever the ultimate destination of shipments, are provided solely for the benefit of shippers on the line. In my opinion, when they are provided by the owner of the transportation undertaking, they are part and parcel of that undertaking. That is the case here. The joint venture's storage caverns are an integral and essential part of its Cochin system. [Emphasis added.]

BC Gas argued that dedication of this kind does not necessarily indicate that a single federal undertaking exists. It relied on *Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 322, where Laskin C.J., writing for the Court, held that the fact that the output of a quarry adjacent to the appellant's railway was devoted exclusively to providing ballast for the railway did not mean that the quarry formed part of the railway undertaking (at pp. 332-33):

If the intended supply of rock for ballast for a railway line makes that quarrying operation part of the railway undertaking, would not the same conclusion follow with respect to the supply of fuel and with respect to factories that produce railway cars or locomotives or that produce the rails that are laid on the right-of-way? . . . In short,

faits énoncés permettent de le différencier d'un hôtel appartenant à un tiers dans une situation semblable. Il ne fait aucun doute que l'existence d'un grand hôtel bien tenu à Victoria contribue à l'affluence sur le réseau de l'appelante; il se peut que la composante ferroviaire et la composante hôtelière de l'appelante s'aident l'une l'autre, mais cela ne les empêche pas de constituer des activités ou des entreprises distinctes. [Je souligne.]

Ce raisonnement a été adopté dans *Dome Petroleum Ltd. c. Office national de l'énergie* (1987), 73 N.R. 135 (C.A.F.), arrêt dans lequel il a été jugé que des cavités d'emmagasinage faisaient partie d'une entreprise de transport interprovincial du gaz naturel. La cour a insisté sur le fait que les installations étaient fournies pour le seul bénéfice des expéditeurs, aux pp. 139 et 140:

Le lien existant entre les cavités d'emmagasinage et le Cochin diffère de façon marquée de celui qui existait entre l'hôtel Empress et le Canadien Pacifique.

Les installations du terminal d'un pipe-line sont fournies, quel qu'en soit le fournisseur, pour le seul bénéfice des expéditeurs de produits, peu importe la destination finale de ceux-ci. A mon avis, lorsqu'elles sont fournies par le propriétaire de l'entreprise de transport, elles font partie de cette entreprise. C'est le cas en l'espèce. Les cavités d'emmagasinage de l'entreprise en participation sont un élément essentiel du réseau Cochin et en font partie intégrante. [Je souligne.]

BC Gas a soutenu qu'une telle affectation n'indiquait pas nécessairement l'existence d'une entreprise fédérale unique. Elle s'est fondée sur l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 322, dans lequel le juge en chef Laskin, s'exprimant pour la Cour, a conclu que le fait que la production d'une carrière située à proximité du chemin de fer de l'appelante soit exclusivement consacrée à l'approvisionnement en ballast de la voie ferrée ne signifiait pas que la carrière faisait partie de l'entreprise ferroviaire visée (aux pp. 332 et 333):

Si l'approvisionnement prévu en pierre pour le ballast d'une ligne de chemin de fer fait de cette entreprise d'extraction une partie de l'entreprise de chemin de fer, ne devrait-on pas en venir à la même conclusion pour l'approvisionnement en carburant et pour les usines de fabrication de wagons, de locomotives ou de rails qui

although not saying that mere ownership of any enterprise or land by the C.N.R. is enough to immunize such holdings from provincial regulatory legislation, the contention of counsel is that because the output of the quarry is devoted to its use for the railway line the operation and the land on which it is carried on become part of the railway undertaking, part of the transportation system.

We are not concerned here with any competent federal legislation which purports to exclude the application of provincial legislation like *The Mechanics' Lien Act* of Ontario. Nor, apart from such federal legislation, do we even reach any issue of immunity from provincial legislation unless the quarry is shown to be more than a convenience, more than a source of supply for railway purposes but, indeed, an essential part of the transportation operation in its day-to-day functioning. In the circumstances of the present case I cannot arrive at such a conclusion. The mere economic tie-up between the C.N.R.'s quarry and the use of the crushed rock for railway line ballast does not make the quarry a part of the transportation enterprise in the same sense as railway sheds or switching stations are part of that enterprise. The exclusive devotion of the output of the quarry to railway uses feeds the convenience of the C.N.R., as would any other economic relationship for supply of fuel or materials or rolling stock, but this does not make the fuel refineries or depots or the factories which produce the materials or the rolling stock parts of the transportation system. [Emphasis added.]

57

In our opinion, *Nor-Min* is not inconsistent with the indication in *Empress Hotel, supra*, and *Dome Petroleum, supra*, that the exclusive or primary dedication of a local operation to the core interprovincial undertaking supports a finding that they comprise a single federal undertaking. As discussed above, this exclusive or primary dedication is an indication of the type of functional integration that is required under s. 92(10)(a). However, it remains only one factor to consider and may not be sufficient by itself. It is the overall degree of functional integration and common management which must be assessed. See *Central Western, supra*, where the fact that all of Central Western's freight

sont posés sur l'emprise? [...] Sans pour autant prétendre que la simple possession par le C.N. d'une entreprise ou de bien-fonds suffise à les soustraire à la réglementation provinciale, l'avocat maintient que la production de la carrière étant destinée à la ligne de chemin de fer, l'entreprise et les biens-fonds sur lesquels elle est exploitée font partie intégrante de l'entreprise de chemin de fer et du réseau de transport.

Nous ne sommes pas saisis en l'espèce d'une loi fédérale valide qui vise à empêcher l'application d'une loi provinciale comme la *Mechanics' Lien Act* de l'Ontario. Il n'est pas question non plus, en dehors l'existence de pareille loi fédérale, d'une immunité soustrayant à l'application d'une loi provinciale, à moins que l'on démontre que la carrière est plus qu'une commodité, plus qu'une source d'approvisionnement aux fins du chemin de fer, mais forme en fait une partie essentielle de l'entreprise de transport dans son fonctionnement quotidien. Dans les circonstances présentes, je ne peux pas tirer cette conclusion. Le simple lien économique entre la carrière du C.N. et l'utilisation de la pierre concassée pour le ballast de la ligne de chemin de fer ne fait pas de la carrière un élément de l'entreprise de transport au sens où les hangars de chemin de fer ou les gares de triage en font partie. Le fait que la production de la carrière soit destinée exclusivement au chemin de fer convient au C.N., comme le ferait n'importe quelle autre relation économique pour l'approvisionnement en carburant, en équipement ou en matériel roulant, mais ceci ne fait pas entrer les raffineries de pétrole, les entrepôts ou les usines qui fabriquent l'équipement ou le matériel roulant dans le réseau de transport. [Je souligne.]

À notre avis, l'arrêt *Nor-Min* n'est pas incompatible avec l'indication donnée dans les affaires *Empress Hotel* et *Dome Petroleum*, précitées, que le fait d'affecter exclusivement ou principalement une exploitation locale à l'entreprise interprovinciale principale étaye la conclusion qu'elles constituent ensemble une entreprise fédérale unique. Comme il a été discuté précédemment, cette affectation exclusive ou principale est une indication du type d'intégration fonctionnelle qu'exige l'al. 92(10)(a). Cependant, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit seulement d'un des facteurs à considérer, et qui, par ailleurs, peut ne pas être suffisant à lui seul. Ce qu'il faut évaluer, c'est le degré général d'intégration fonctionnelle et de gestion commune. Voir l'arrêt *Central Western*, précité, dans lequel le fait que toute la marchandise de Central

was delivered to CN to be transported onward was held to be insufficient.

In this regard, it is important to note that, while the appellant in *Nor-Min*, *supra*, owned the quarry, it had contracted out its operation to a third party. Thus, the required degree of operational control was lacking in that case and the statements by Laskin C.J. should be read in this light. Accordingly, in our view, the decision in *Nor-Min* is distinguishable. In any event, the issue before the Court in that case was not whether the quarry formed part of the appellant's railway undertaking for the purposes of s. 92(10)(a), but whether the land on which the quarry was located was subject to provincial mechanics' lien legislation. The statements by Laskin C.J. were made in response to the submission by the appellant that the quarry came within the definition of "railway" in s. 2(1) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, and was, by that reason or, in any event, an integral part of the railway as a transportation system.

BC Gas and the respondent, the Attorney General of British Columbia, submitted that this inquiry under the first test in *Central Western*, *supra*, into whether the various operations are functionally integrated and operated in common as a single enterprise is inappropriate when one of the activities involved is not a transportation or communications activity. This submission was no doubt prompted by the finding of the Board in the Fort St. John proceeding that gas processing and gas transmission are fundamentally different activities.

They noted that s. 92(10)(a) only confers jurisdiction on Parliament over interprovincial transportation and communications undertakings, and argued that activities which are not of this character should not be included within such an undertaking. It was argued that the case law reflects this

Western était livrée au CN en vue de son transport ultérieur a été jugé insuffisant.

À cet égard, il est important de souligner que, même si l'appelante dans *Nor-Min* était propriétaire de la carrière, elle en avait confié à contrat l'exploitation à un tiers. Par conséquent le degré requis de contrôle des opérations était absent dans cette affaire, et les énoncés du juge en chef Laskin devraient être considérés sous cet éclairage. En conséquence il est possible, à notre avis, d'établir une distinction entre l'arrêt *Nor-Min* et le présent cas. De toute façon, la question litigieuse dont notre Cour était saisie dans *Nor-Min* n'était pas de savoir si la carrière faisait partie de l'entreprise ferroviaire de l'appelante pour l'application de l'al. 92(10)(a), mais plutôt si les biens-fonds sur lesquels se trouvait la carrière étaient assujettis à la législation provinciale sur le privilège des fournisseurs de matériaux. Le juge en chef Laskin a fait les énoncés en cause en réponse à la prétention de l'appelante que la carrière était visée par la définition de «chemin de fer» au par. 2(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2, et que, pour cette raison ou de toute manière, elle faisait partie intégrante du chemin de fer en tant que réseau de transport.

BC Gas et le procureur général de la Colombie-Britannique intimé ont soutenu qu'il est inapproprié d'examiner, en application du premier volet du critère établi dans *Central Western*, précité, la question de savoir si les diverses activités sont intégrées sur le plan fonctionnel et exercées en commun en tant qu'entreprise unique, lorsque l'une des activités visées n'est pas une activité de transport ou de communication. La présentation de cet argument a sans doute été inspirée par la conclusion tirée par l'Office, dans la demande concernant le projet Fort St. John, que le traitement du gaz et le transport du gaz sont des activités fondamentalement différentes.

Ils ont souligné que l'al. 92(10)(a) confère au Parlement compétence uniquement à l'égard des entreprises interprovinciales de transport et de communication, et ils ont plaidé que les activités qui ne sont pas de cette nature ne devraient pas être considérées comme faisant partie de telles entrepri-

58

59

60

principle because there is no decision in which an activity that was not a transportation or communications character was held to form part of a single federal undertaking. They relied on *Empress Hotel, supra*, where a hotel owned by Canadian Pacific Railway Co. was found not to form part of its federal railway undertaking, and *Nor-Min, supra*, where a quarry used to provide ballast for Canadian National Railway's interprovincial railway was held not to form part of its federal railway undertaking. They also submitted that every decision in which a single federal undertaking was found to exist involved activities of a transportation or communications character.

61 The Attorney General of British Columbia went one step further and submitted that when an activity is not of a transportation or communications character, the court should proceed directly to the second test in *Central Western, supra*, and determine whether it is vital, essential and integral to the core federal transportation or communications undertaking. It relied on cases such as *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529, where a stevedoring operation was held to be essential to a shipping undertaking.

62 These submissions are unconvincing for two reasons. First, no authority was cited in which a single federal undertaking was held not to exist because one of the activities was not of a transportation or communications character. In *Empress Hotel, supra*, as the passage reproduced above demonstrates, the finding that the hotel was a separate undertaking was based on the fact that it was not dedicated primarily to the railway undertaking. It was no different from any other hotel. In *Nor-Min, supra*, the passages set out above demonstrate that the quarry was held not to form part of the federal railway undertaking because it was inci-

ses. On a avancé que la jurisprudence reflète ce principe, puisqu'il n'existe aucune décision dans laquelle il a été jugé qu'une activité autre qu'une activité de transport ou de communication faisait partie d'une entreprise fédérale unique. Ils ont invoqué l'arrêt *Empress Hotel*, précité, dans lequel il a été jugé qu'un hôtel appartenant à la Compagnie de chemin de fer Canadien du Pacifique ne faisait pas partie de l'entreprise ferroviaire fédérale de cette dernière, ainsi que l'arrêt *Nor-Min*, précité, dans lequel il a été décidé qu'une carrière utilisée pour approvisionner en ballast le chemin de fer interprovincial de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada ne faisait pas partie de l'entreprise ferroviaire fédérale de cette dernière. Ils ont également prétendu que tous les arrêts dans lesquels les tribunaux ont conclu à l'existence d'une entreprise fédérale unique concernaient des activités de transport ou de communication.

Le procureur général de la Colombie-Britannique est allé plus loin et a prétendu que, dans les cas où une activité n'est pas une activité de transport ou de communication, le tribunal devrait passer directement au deuxième volet du critère établi dans *Central Western*, précité, et déterminer s'il s'agit d'une activité vitale, essentielle et fondamentale de l'entreprise fédérale principale de transport ou de communication. Il s'est fondé sur certains arrêts, notamment *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529, dans lequel des activités de débardage ont été jugées essentielles à une entreprise de transport maritime.

Ces arguments sont peu convaincants, et ce pour deux raisons. Premièrement, on n'a cité aucun arrêt ayant conclu à l'absence d'une entreprise fédérale unique pour le motif que l'une des activités visées n'était pas une activité de transport ou de communication. Dans l'arrêt *Empress Hotel*, précité, ainsi que le démontre l'extrait reproduit précédemment, la conclusion que l'hôtel constituait une entreprise distincte était fondée sur le fait qu'il n'était pas affecté principalement à l'entreprise ferroviaire. Il n'était pas différent de tous les autres hôtels. Dans *Nor-Min*, précité, les extraits reproduits précédemment montrent qu'on a jugé

dental to the operation of the railway. Neither of these decisions supports the submissions of BC Gas and the Attorney General of British Columbia on this point. The fact that the hotel and the quarry were arguably not of a "transportation character" was not mentioned or even alluded to in these decisions.

Second, and more importantly, a number of cases expressly contradict these submissions by stating that a single federal undertaking may exist notwithstanding that it is engaged in different activities and one of them is not a transportation or communications activity. In *Empress Hotel*, *supra*, the Privy Council stated in *obiter dicta* that a hotel set up exclusively to serve the railway's passengers could form part of a federal railway undertaking. In *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] S.C.R. 434, Duff J. stated at p. 447 in *obiter dicta* that a grain elevator could form part of a federal railway or shipping undertaking. In *Dome Petroleum*, *supra*, underground storage caverns were held to form part of an interprovincial pipeline undertaking. This was also the view of Gerard V. La Forest in *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces* (1973), at pp. 49-50:

... there may be situations where a single business enterprise may carry on several undertakings. This is evident from *Canadian Pacific Railway v. Attorney-General of British Columbia* where the Empress Hotel operated by the C.P.R. like any other large hotel was held to be a separate undertaking from the company's railway operations. This by no means indicates that all aspects of a company's work must be of the same kind, as in the *Bell Telephone Co.* and *Winner* cases, to come within the same operation. In the *Empress Hotel* case the court conceded that a hotel or restaurant maintained as an adjunct to the company's railway business for the benefit of passengers travelling on its lines could

que la carrière ne faisait pas partie de l'entreprise ferroviaire fédérale parce qu'elle était accessoire à l'exploitation du chemin de fer. Ni l'une ni l'autre de ces décisions n'étaye les prétentions de BC Gas et du procureur général de la Colombie-Britannique sur ce point. Le fait que l'hôtel et la carrière n'étaient pas, pouvait-on soutenir, des activités «participant du transport» n'a pas été mentionné dans ces arrêts. De fait, on n'y a même pas fait allusion.

Deuxièmement, fait plus important encore, un certain nombre d'arrêts contredisent explicitement ces arguments, puisqu'on y dit qu'une entreprise unique peut constituer une entreprise fédérale unique même si elle exerce différentes activités et que l'une de ces activités n'est pas une activité de transport ou de communication. Dans l'arrêt *Empress Hotel*, précité, le Conseil privé a déclaré, dans une remarque incidente, qu'un hôtel établi exclusivement pour servir les passagers de la compagnie ferroviaire pourrait faire partie d'une entreprise ferroviaire fédérale. Dans *The King c. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] R.C.S. 434, le juge Duff a dit, dans une remarque incidente, à la p. 447, qu'un élévateur à grains pourrait faire partie d'une entreprise fédérale de transport ferroviaire ou maritime. Dans l'arrêt *Dome Petroleum*, précité, il a été jugé que des cavités d'emmagasinement faisaient partie d'une entreprise interprovinciale de transport par pipeline. C'est également l'avis qu'a exprimé Gérard V. La Forest, dans *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces* (1973), aux pp. 49 et 50:

[TRADUCTION] ... il peut y avoir des cas où une seule et même organisation commerciale exploite plusieurs entreprises. Cela ressort clairement de l'arrêt *Canadian Pacific Railway c. Attorney-General of British Columbia*, dans lequel on a jugé que l'hôtel *Empress*, que le CP exploitait comme tout autre grand hôtel, était une entreprise distincte des activités ferroviaires de cette compagnie. Cela n'indique aucunement que tous les aspects des activités d'une compagnie doivent être de même nature, comme dans les affaires *Bell Telephone Co.* et *Winner*, pour faire partie de la même exploitation. Dans l'arrêt *Empress Hotel*, la cour a reconnu qu'un hôtel ou un restaurant exploité de manière accessoire par une compagnie dans le cadre de son entreprise ferroviaire, pour le bénéfice des voyageurs utilisant son

certainly be part of its railway undertaking. [Emphasis added.]

64

In our opinion, the fact that an activity or service is not of a transportation or communications character does not preclude a finding that it forms part of a single federal undertaking for the purposes of s. 92(10)(a) under the first test in *Central Western, supra*. The test remains a fact-based one. As Dickson C.J. made clear in *A.G.T. supra*, at p. 258:

It is impossible, in my view, to formulate in the abstract a single comprehensive test which will be useful in all of the cases involving s. 92(10)(a). The common theme in the cases is simply that the court must be guided by the particular facts in each situation. . . . Useful analogies may be found in the decided cases, but in each case the determination of this constitutional issue will depend on the facts which must be carefully reviewed. . . .

65

That is not to say, however, that it is impossible to identify certain *indicia* which will assist in the s. 92(10)(a) analysis. In our view, the primary factor to consider is whether the various operations are functionally integrated and subject to common management, control and direction. The absence of these factors will, in all likelihood, determine that the operations are not part of the same inter-provincial undertaking, although the converse will not necessarily be true. Other relevant questions, though not determinative, will include whether the operations are under common ownership (perhaps as an indicator of common management and control), and whether the goods or services provided by one operation are for the sole benefit of the other operation and/or its customers, or whether they are generally available.

66

Because of the factual nature of this determination, evidence of the ordinary way in which business is conducted within a particular industry will not be particularly relevant. Thus, the reliance by BC Gas on the expert evidence adduced before the

réseau, pouvait certainement faire partie de cette entreprise. [Je souligne.]

À notre avis, le fait qu'une activité ou un service ne participe pas du transport ou des communications n'empêche pas de conclure, dans le cadre du premier volet du critère établi dans l'arrêt *Central Western*, précité, que l'activité ou le service en question fait partie d'une entreprise fédérale unique pour l'application de l'al. 92(10)a). Le critère demeure fondé sur les faits propres à chaque espèce. Comme l'a dit clairement le juge en chef Dickson dans l'arrêt *A.G.T.* précité, à la p. 258:

À mon avis, il est impossible de formuler en l'absence de contexte un seul critère qui soit complet et utile dans tous les cas relatifs à l'al. 92(10)a). Le dénominateur commun de ces arrêts est simplement que ce sont les faits particuliers de chaque cas qui doivent guider le tribunal [. . .] Il est possible de trouver des analogies utiles dans la jurisprudence, mais dans chaque cas, la réponse à cette question constitutionnelle variera selon les faits qui doivent être examinés soigneusement . . .

Cependant, cela ne veut pas dire qu'il est impossible de dégager certains indices qui seront utiles dans l'analyse fondée sur l'al. 92(10)a). À notre avis, le principal facteur à considérer est la question de savoir si les diverses activités visées sont intégrées sur le plan fonctionnel et si elles sont assujetties à une gestion, à une direction et à un contrôle communs. En toute probabilité, l'absence de ces facteurs établira que les activités visées ne font pas partie de la même entreprise interprovinciale, même si l'inverse ne sera pas nécessairement vrai. Parmi les autres questions pertinentes, quoique non déterminantes, mentionnons celles de savoir s'il n'existe qu'un seul propriétaire (peut-être en tant qu'indice d'une gestion et d'un contrôle communs) et si les biens ou les services fournis dans le cadre d'une entreprise le sont pour le seul bénéfice de l'autre entreprise ou de ses clients, ou des deux à la fois, ou s'ils sont disponibles de façon générale.

En raison de la nature factuelle de cette détermination, la preuve de la pratique courante des affaires dans une industrie donnée ne sera pas particulièrement pertinente. Par conséquent, BC Gas a peut-être tort de se fonder sur la preuve d'expert

Board as to the typical characterization of the natural gas industry is perhaps misplaced. Although it was accepted by the Federal Court of Appeal in *The Queen v. Nova, An Alberta Corporation*, [1988] 2 C.T.C. 167, that the industry is generally divided into four distinct stages — exploration, production and development (including extraction, dehydration, and transportation through gathering lines to processing plants), transportation from processing plants to regions of consumption, and distribution to the ultimate consumer — and although the Board characterized gas processing and gas transmission as “fundamentally different activities”, this does not preclude the two operations from being part of the same interprovincial undertaking for the purposes of s. 92(10)(a). While this division may be convenient for industrial purposes, it has no bearing on the constitutional division of powers between the federal and provincial legislatures.

Whether the Westcoast gathering pipelines, processing plants and mainline transmission pipeline constitute a single undertaking depends on the degree to which they are in fact functionally integrated and managed in common as a single enterprise. What is important is how Westcoast actually operates its business, not how it might otherwise operate it or how others in the natural gas industry operate their businesses: see *Winner, supra*, at pp. 581-82. The fact that the natural gas industry is typically divided into the four sectors described above is beside the point, as is the fact that producers typically own gathering pipelines and processing plants. As discussed below, it is precisely because Westcoast’s business is exceptional that we conclude that it comprises a single federal undertaking. We also emphasize that the manner in which participants in the natural gas industry typically describe the industry cannot dictate the characterization for constitutional purposes. Finally, the fact that this description of the industry was adopted in *Nova, supra*, is irrelevant for the purposes of this appeal since that case dealt with the unrelated matter of the appropriate capital cost allowance classification of certain pieces of yard

produite devant l’Office quant à la qualification typique de l’industrie du gaz naturel. Bien que, dans *La Reine c. Nova, An Alberta Corporation*, [1988] 2 C.T.C. 167, la Cour d’appel fédérale ait accepté que l’industrie est généralement divisée en quatre étapes distinctes, savoir l’exploration, la production et la mise en valeur du gaz (y compris l’extraction, la déshydratation et le transport, à l’aide des canalisations de collecte, jusqu’aux usines de traitement), le transport depuis les usines de traitement jusqu’aux régions consommatrices et la distribution aux utilisateurs ultimes —, et que l’Office ait qualifié le traitement du gaz et le transport du gaz d’«activités fondamentalement différentes», cela n’empêche pas ces deux activités de faire partie de la même entreprise interprovinciale pour l’application de l’al. 92(10)a). Même si une telle division peut être pratiquée à des fins industrielles, elle n’a aucune incidence sur le partage constitutionnel des compétences entre le Parlement et les législatures provinciales.

La question de savoir si les canalisations de collecte, les usines de traitement et la canalisation de transport principale de Westcoast constituent une entreprise unique dépend de la mesure dans laquelle ces activités sont intégrées sur le plan fonctionnel et gérées en commun en tant qu’entreprise unique. Ce qui importe, c’est la façon dont Westcoast exploite son entreprise dans les faits et non de quelle autre façon elle pourrait le faire ou comment d’autres acteurs de l’industrie du gaz naturel exploitent la leur: voir *Winner, précité*, aux pp. 581 et 582. Le fait que l’industrie du gaz naturel soit typiquement divisée en quatre secteurs — qui ont été décrits précédemment — n’a aucune importance, tout comme le fait que, en règle générale, les producteurs sont propriétaires de canalisations de collecte et d’usines de traitement. Comme nous le verrons plus loin, c’est précisément parce que les activités de Westcoast ont un caractère exceptionnel que nous concluons qu’elles constituent une entreprise fédérale unique. Nous soulignons également que la façon dont les participants de l’industrie du gaz naturel décrivent typiquement leur industrie ne saurait dicter la façon de la qualifier à des fins constitutionnelles. Enfin, le fait que

pipe, metering pipe and valves for income tax purposes.

(b) *Application of These Principles to the Business of Westcoast*

68

Turning to the application of the principles discussed above, the fact that the Westcoast gathering pipelines and processing plants are physically connected to the mainline transmission pipeline is insufficient by itself to conclude that they constitute a single federal undertaking. Further, the fact that Westcoast owns all of these facilities is insufficient. However, we agree with Hugessen J.A. that the description of the business and facilities of Westcoast by the Board in its Fort St. John reasons and Order No. MO-21-95 concerning the Grizzly Valley reference demonstrate that Westcoast manages them in common as a single enterprise which is functionally integrated.

69

It is apparent that the Westcoast facilities and personnel are subject to common control, direction and management, and are operated in a coordinated and integrated manner. Westcoast management personnel in Vancouver control and direct the field personnel who operate the gathering pipeline, processing plant and mainline transmission pipeline facilities. The gathering pipeline facilities and the mainline transmission pipeline facilities, and the associated compressor facilities, are operated by the same field personnel. Both sets of pipeline facilities are serviced by common field offices, pipe storage yards, warehouses, compression repair facilities and measurement and pipeline maintenance shops. Employees in Vancouver are responsible for monitoring and controlling the flow of gas through both the gathering pipelines and the mainline transmission pipeline. Although

cette description de l'industrie ait été adoptée dans l'arrêt *Nova*, précité, n'est pas pertinent aux fins du présent pourvoi, étant donné que cette affaire portait sur une question sans rapport avec le présent cas, savoir la détermination de la catégorie à laquelle appartenait, aux fins de la déduction pour amortissement en matière d'impôt sur le revenu, certaines pièces de la tuyauterie extérieure, ainsi que la conduite de comptage et des soupapes.

(b) *L'application de ces principes aux activités de Westcoast*

En ce qui concerne l'application des principes examinés précédemment, le fait que les canalisations de collecte et les usines de traitement de Westcoast soient physiquement reliées à sa canalisation de transport principale est insuffisant en soi pour permettre de conclure qu'elles constituent une entreprise fédérale unique. En outre, le fait que Westcoast soit propriétaire de toutes ces installations est également insuffisant. Cependant, nous sommes d'accord avec le juge Hugessen que la description des activités et des installations de Westcoast faite par l'Office dans ses motifs de décision concernant le projet Fort St. John et dans l'ordonnance n° MO-21-95 concernant le renvoi sur le projet Grizzly Valley démontre que Westcoast gère celles-ci en commun en tant qu'entreprise unique intégrée sur le plan fonctionnel.

Il appert que les installations et le personnel de Westcoast sont assujettis à une gestion, à une direction et à un contrôle communs et que l'entreprise est exploitée d'une manière coordonnée et intégrée. Le personnel de gestion de Westcoast contrôlent et dirigent, depuis Vancouver, le personnel local qui exploite les canalisations de collecte, les usines de traitement et la canalisation de transport principale. C'est le même personnel local qui exploite les canalisations de collecte et la canalisation de transport principale, de même que les installations de compression connexes. Des bureaux locaux, des parcs de stockage de tuyaux, des entrepôts, des ateliers de réparation des appareils de compression et des ateliers de mesure et d'entretien des pipelines communs desservent les deux ensembles d'installations pipelinaires. Des employés de Vancouver ont la responsabilité de

the operation of the processing plants is carried out by different persons at each plant, this is done under the direction and supervision of management located in Vancouver. Finally, the gathering, processing and transmission facilities are connected by a sophisticated telecommunications system.

This functional integration is underscored by the fact that the primary purpose of processing the raw gas at the Westcoast processing plants is to facilitate its transmission through the Westcoast mainline transmission pipeline. As discussed above, the raw gas that is extracted at the production fields often contains impurities, including hydrogen sulphide and carbon dioxide. These impurities must be removed from the gas before it is delivered into the mainline transmission pipeline for two reasons. First, the combination of sulphur dioxide and carbon dioxide is corrosive. While steel used in the gathering pipelines is designed to withstand this corrosion, the steel used in the mainline transmission pipeline is not. Second, hydrogen sulphide is toxic and poses unacceptable safety and environmental risks. As such, gas which contains hydrogen sulphide cannot be transported through the heavily populated areas through which the mainline transmission pipeline runs.

BC Gas argued that these concerns are incidental to the primary purpose of processing, which it characterized as the transformation of the raw gas into commercially useful products, including residue gas and other useful byproducts like sulphur. In our opinion, this purpose is irrelevant to Westcoast's business. It is true that the raw gas must be processed to remove impurities before it can be used by the ultimate consumer. However, what is important from the perspective of Westcoast is that this processing occur before the gas is delivered into its mainline transmission

surveiller et de contrôler l'acheminement du gaz tant dans les canalisations de collecte que dans la canalisation de transport principale. Bien que chacune des usines de traitement soit exploitée par des personnes différentes, ces activités sont dirigées et supervisées par des gestionnaires qui se trouvent à Vancouver. Enfin, les installations de collecte, de traitement et de transport sont reliées entre elles par un système de télécommunication très perfectionné.

Cette intégration fonctionnelle est mise en évidence par le fait que l'objectif principal du traitement du gaz brut aux usines de traitement de Westcoast est de faciliter le transport de celui-ci dans la canalisation principale de Westcoast. Comme il a été discuté plus tôt, le gaz brut extrait des gisements contient souvent des impuretés, notamment de l'hydrogène sulfuré et du gaz carbonique. Il faut débarrasser le gaz brut de ces impuretés avant de le faire passer dans la canalisation principale, et ce pour deux raisons. Premièrement, la combinaison de l'hydrogène sulfuré et du gaz carbonique est corrosive. Alors que l'acier utilisé pour les canalisations de collecte est conçu pour résister à la corrosion, celui dont on se sert pour la canalisation principale ne l'est pas. Deuxièmement, l'hydrogène sulfuré est une substance toxique, qui pose des risques inacceptables du point de vue de la sécurité et de l'environnement. En conséquence, le gaz contenant de l'hydrogène sulfuré ne peut être transporté à travers les secteurs à forte densité de population que traverse la canalisation principale.

BC Gas a plaidé que ces considérations étaient accessoires à l'objectif principal du traitement du gaz qui est, selon elle, de transformer le gaz brut en produits commerciaux utiles, notamment le gaz résiduaire et d'autres sous-produits utiles tel le soufre. À notre avis, cet objectif n'est pas pertinent en ce qui concerne l'entreprise de Westcoast. Il est vrai que le gaz brut doit être traité afin d'en extraire les impuretés avant que les consommateurs ultimes puissent l'utiliser. Cependant, ce qui est important, du point de vue de Westcoast, c'est que le gaz soit traité avant d'être acheminé dans sa

pipeline because of the design, safety and environmental concerns set out above.

72 In addition, processing is provided by Westcoast almost exclusively in respect of gas which is subsequently delivered into the Westcoast mainline transmission pipeline. While some raw gas is delivered to Westcoast's processing plants by means of gathering lines owned and operated by others, virtually all of the residue gas that is processed at the Westcoast processing plants is delivered into the Westcoast mainline transmission pipeline for transportation onward. This residue gas consists primarily of methane, which comprises approximately 80 percent of the raw gas prior to processing. Westcoast does not offer processing as an independent service in respect of gas that it does not transport in its mainline transmission pipeline.

73 In our view, this dedication of the Westcoast processing plants to the operation of the mainline transmission pipeline is analogous to that of the underground storage caverns to the pipeline undertaking in *Dome Petroleum, supra*, and to that of the hypothetical railway hotel to the railway undertaking described by the Privy Council in *Empress Hotel, supra*. As well, the functional integration between the Westcoast gathering pipelines and processing plants on the one hand, and the Westcoast mainline transmission pipeline on the other hand, demonstrate that these facilities cannot be compared to the quarry and the railway in *Nor-Min, supra*, as previously discussed.

74 It is significant that, except for some small quantities, Westcoast does not own or deal in the natural gas that it transports. The fact that processing the gas transforms it into a commercially useful state and produces byproducts which are also commercially valuable may be relevant to the owners of these substances, but it is irrelevant to Westcoast. Its only interest is in providing trans-

canalisation de transport principale, vu les problèmes de conception, de sécurité et d'environnement décrits précédemment.

En outre, le traitement fait par Westcoast vise presque exclusivement le gaz qui est acheminé par la suite dans sa canalisation de transport principale. Bien que certaines quantités de gaz brut soient livrées aux usines de traitement de Westcoast par des canalisations de collecte appartenant à d'autres compagnies et exploitées par celles-ci, pratiquement tout le gaz résiduaire traité dans les usines de Westcoast est livré à la canalisation principale de cette dernière pour être transporté ensuite vers les marchés. Ce gaz résiduaire est constitué principalement de méthane, qui représente environ 80 pour 100 du gaz brut avant traitement. Westcoast ne fait pas — à titre de service distinct — le traitement du gaz qu'elle ne transporte pas dans sa canalisation de transport principale.

À notre avis, cette affectation des usines de traitement de Westcoast à l'exploitation de sa canalisation de transport principale est analogue à l'affectation des cavités d'emmagasinage à l'exploitation de l'entreprise de transport du gaz naturel dans l'arrêt *Dome Petroleum*, précité, et à l'affectation à l'exploitation de l'entreprise ferroviaire de l'hôtel hypothétique décrit par le Conseil privé dans l'arrêt *Empress Hotel*, précité. De plus, l'intégration fonctionnelle des canalisations de collecte et des usines de traitement de Westcoast, d'une part, et de la canalisation de transport principale de Westcoast, d'autre part, démontre que ces installations ne peuvent être comparées à la carrière et au chemin de fer dont il était question dans l'arrêt *Nor-Min*, précité, et qui ont été discutés précédemment.

Il est significatif que, sauf pour de petites quantités de gaz naturel, Westcoast n'est pas propriétaire et ne fait pas le commerce du gaz qu'elle transporte. Le fait que le traitement du gaz transforme celui-ci en une substance commercialement utile, en plus de générer des sous-produits ayant eux aussi une valeur commerciale est peut-être pertinent du point de vue des propriétaires de ces

portation and processing services to the owners of the gas and its byproducts.

The majority of the Board concluded in dismissing the Fort St. John application that the Westcoast facilities did not form a single undertaking for the purposes of s. 92(10)(a) because the degree of coordination between the facilities was a necessary feature of the natural gas industry and would occur whether the facilities were owned solely by Westcoast or not. It stated at p. 9:

Westcoast's facilities are operated in a coordinated manner, but in the Board's view this is a universal feature of the natural gas industry and would occur between connected facilities regardless of ownership.

The Board concluded that this degree of coordination is present with respect to the processing plants owned and operated by others which feed gas into the Westcoast mainline transmission pipeline, and the gathering lines owned and operated by others which deliver gas to Westcoast processing plants. The Board repeated this finding in Order No. MO-21-95 concerning the Grizzly Valley reference at para. 38:

38. This interdependence and coordination is a necessary feature of the natural gas industry. The various facilities involved in the production, transportation and distribution of natural gas to the ultimate consumers are physically connected and must be operated in a coordinated manner. This dependency and coordination of facilities is true regardless of ownership.

As we see the matter, this finding by the Board was not a valid basis for concluding that Westcoast does not operate a single federal undertaking. The facts demonstrate that, above and beyond the coordination described above, Westcoast also operates the gathering pipelines, processing plants and

substances, mais pas du point de vue de Westcoast. Le seul intérêt de cette dernière est de fournir des services de transport et de traitement aux propriétaires du gaz et des sous-produits de celui-ci.

Les membres majoritaires de l'Office ont conclu, en rejetant la demande concernant le projet Fort St. John, que les installations de Westcoast ne constituaient pas une entreprise unique pour l'application de l'al. 92(10)a), parce que le degré de coordination entre les installations était une caractéristique inévitable de l'industrie du gaz naturel et qu'une telle coordination existerait, que les installations appartiennent entièrement à Westcoast ou non. Ils ont dit ceci, à la p. 9:

Les installations de Westcoast sont exploitées de façon coordonnée, mais selon l'Office, il s'agit là d'une caractéristique universelle de l'industrie du gaz naturel, qui surviendrait entre des installations reliées nonobstant la propriété.

L'Office a conclu à l'existence d'un pareil degré de coordination en ce qui concerne les usines de traitement qui appartiennent à d'autres compagnies, sont exploitées par celles-ci et livrent du gaz à la canalisation de transport principale de Westcoast, et les canalisations de collecte qui appartiennent à d'autres compagnies, sont exploitées par ces dernières et livrent du gaz aux usines de traitement de Westcoast. L'Office a réitéré cette conclusion dans l'ordonnance n° MO-21-95 rendue dans le renvoi concernant le projet Grizzly Valley, au par. 38:

38. Cette interdépendance et cette coordination sont une facette essentielle de l'industrie du gaz naturel. Les diverses installations de production, de transport et de distribution du gaz naturel jusqu'à livraison aux utilisateurs ultimes sont reliées matériellement et doivent fonctionner de façon coordonnée. Peu en importe l'appartenance, les installations doivent toujours fonctionner de façon interdépendante et coordonnée.

À notre avis, cette conclusion de l'Office n'était pas un fondement valable pour conclure que Westcoast n'exploite pas une entreprise fédérale unique. Il ressort des faits que, au-delà de la coordination décrite précédemment, Westcoast exploite en commun, en tant qu'entreprise unique, les cana-

75

76

77

mainline transmission pipeline in common as a single enterprise. Simply put, the facilities are subject to common control, direction and management by Westcoast. This is what distinguishes the Westcoast undertaking from others in the natural gas industry. The coordination exhibited by the Westcoast facilities may be a necessary feature of the natural gas industry, but the common management of these facilities by Westcoast as a single business is not. It is obviously not a feature of those independently owned gathering pipelines which feed into the Westcoast processing plants and those independently owned processing plants which feed into the Westcoast mainline transmission pipeline. Westcoast has no control over these facilities. We disagree with the Board's suggestion to the contrary in its Fort St. John reasons at p. 9:

Some of the plants now operated by Westcoast were previously owned and operated by others under provincial jurisdiction. Although "a change of corporate control can be significant . . . where it leads to alterations in the operation of the activity in question" (*Central Western* at 1131), there is no evidence that the transfer of ownership and control to Westcoast has made a significant difference in the overall manner of operation of these facilities.

78

The distinction is similar to that between the railway line operated by CN in *Luscar*, *supra*, and the independently operated railway line in *Central Western*, *supra*, with the added feature in this case that Westcoast actually owns the facilities in question. These aspects of the operation of the Westcoast gathering pipelines, processing plants and mainline transmission pipeline lead us to conclude that they constitute a single federal undertaking for the purposes of s. 92(10)(a).

lisations de collecte, les usines de traitement et la canalisation de transport principale. En termes simples, les installations sont assujetties à une gestion, à une direction et à un contrôle communs par Westcoast. C'est ce qui distingue l'entreprise de Westcoast d'autres entreprises au sein de l'industrie du gaz naturel. Il est possible que la coordination qui existe entre les installations de Westcoast soit une caractéristique inévitable de l'industrie du gaz naturel, mais il n'en va pas de même de la gestion commune de ces installations par Westcoast en tant qu'exploitation unique. Il ne s'agit manifestement pas d'une caractéristique des canalisations de collecte qui appartiennent à d'autres compagnies et alimentent les usines de traitement de Westcoast et des usines de traitement qui appartiennent à d'autres compagnies et alimentent la canalisation de transport principale de cette dernière. Westcoast n'exerce aucun contrôle sur ces installations. Nous sommes en désaccord avec la suggestion à l'effet contraire faite par l'Office dans ses motifs de décision concernant le projet Fort St. John, à la p. 10:

Certaines des usines qui sont actuellement exploitées par Westcoast appartenaient auparavant à d'autres compagnies relevant de la compétence provinciale, qui les exploitaient. Bien qu'«[un changement quant à la personne morale qui a le contrôle puisse . . . s'avérer important lorsque cela entraîne des modifications dans l'exploitation de l'entreprise en question]» (*Central Western* à la page 1131), rien ne montre que le transfert, à Westcoast, de la propriété et du contrôle de ces installations a notablement modifié la démarche générale d'exploitation de ces installations.

Cette distinction est analogue à celle qui existe entre la voie de chemin de fer exploitée par le CN dans *Luscar*, précité, et la voie de chemin de fer exploitée de façon indépendante dans *Central Western*, précité, sans compter que, dans le présent cas, les installations en cause appartiennent dans les faits à Westcoast. Ces aspects de l'exploitation des canalisations de collecte, des usines de traitement et de la canalisation de transport principale de Westcoast nous amènent à conclure que celles-ci constituent une entreprise fédérale unique pour l'application de l'al. 92(10)(a).

2. Are the Westcoast Gathering Pipeline and Processing Plant Facilities Integral to the Mainline Transmission Pipeline?

In light of the above conclusion, it is unnecessary for us to consider whether the proposed facilities would be essential, vital and integral to the mainline transmission pipeline under the second test in *Central Western*, *supra*, and accordingly we express no opinion on this issue.

3. The Effect of Section 92A of the Constitution Act, 1867

It is still necessary to consider the effect, if any, of s. 92A of the *Constitution Act, 1867* on our conclusion that Westcoast operates a single federal undertaking under s. 92(10)(a). BC Gas and the Attorneys General of British Columbia and for Alberta argued that s. 92A altered the division of powers in the *Constitution Act, 1867*. In particular, they argued that s. 92A(1)(b), which provides provincial legislatures with exclusive jurisdiction to make laws in relation to “development, conservation and management of non-renewable natural resources . . . in the province”, circumscribes Parliament’s jurisdiction over interprovincial natural gas transportation undertakings under s. 92(10)(a).

The scope of s. 92A was considered in *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327, where the majority held that federal labour relations legislation applied to employees working at provincial nuclear electrical generating stations. Parliament had declared the generating stations to be works for the general advantage of Canada pursuant to s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*. One of the issues was whether s. 92A(1)(c), which provides that provincial legislatures may exclusively make laws in relation to “development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy”, altered the scope of the declaratory power

2. Les canalisations de collecte et les usines de traitement de Westcoast font-elles partie intégrante de sa canalisation de transport principale?

À la lumière de la conclusion qui précède, il est inutile que nous examinions la question de savoir si les installations projetées seraient un élément essentiel, vital et fondamental de la canalisation de transport principale, conformément au deuxième volet du critère établi dans *Central Western*, précité, et, par conséquent, nous ne nous prononçons pas sur cette question.

3. L’effet de l’art. 92A de la Loi constitutionnelle de 1867

Il demeure toutefois nécessaire de se demander si l’art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* a un effet sur notre conclusion que Westcoast exploite une entreprise fédérale unique visée à l’al. 92(10)(a). BC Gas et les procureurs généraux de la Colombie-Britannique et de l’Alberta ont prétendu que l’art. 92A modifiait le partage des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. En particulier, ils ont plaidé que l’al. 92A(1)(b), qui accorde à la législature de chaque province le pouvoir exclusif de légiférer dans les domaines suivants: «exploitation, conservation et gestion des ressources naturelles non renouvelables [. . .] de la province», limite la compétence du Parlement à l’égard des entreprises de transport interprovincial de gaz naturel visées à l’al. 92(10)(a).

La portée de l’art. 92A a été examinée dans l’arrêt *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327, dans lequel les juges de la majorité ont conclu que la législation fédérale en matière de relations de travail s’appliquait aux employés travaillant dans des centrales nucléaires provinciales. Le Parlement avait, en application de l’al. 92(10)(c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, déclaré que les centrales étaient des ouvrages qui étaient à l’avantage général du Canada. L’une des questions litigieuses était de savoir si l’al. 92A(1)(c), qui accorde à la législature de chaque province le pouvoir exclusif de légiférer dans les domaines suivants: «aménagement, conservation et gestion des emplacements et

79

80

81

in s. 92(10)(c). Six of the seven members of this Court concluded that it did not. Iacobucci J., writing for himself, Sopinka and Cory JJ., made the following comments at pp. 409-10:

While the wording of s. 92A is unambiguous that management of electrical generating facilities is within the exclusive jurisdiction of the province, the section does not indicate that any special reservation from the federal declaratory power was made. In my opinion, Parliament did not give up its declaratory power over nuclear electrical generating stations when s. 92A of the Constitution Act, 1867 was added to the Constitution in 1982.

I would add that these conclusions accord with academic writings on s. 92A which have indicated that the resource amendment, as the section is called, increased provincial power with respect to the raising of revenues from resources and to regulating the development and production of resources without diminishing Parliament's pre-existing powers. [Emphasis added.]

82

In our view, those comments apply with equal force to Parliament's jurisdiction over interprovincial transportation undertakings under s. 92(10)(a). Section 92A does not derogate from Parliament's jurisdiction under s. 92(10)(a). Federal jurisdiction under s. 92(10)(a) is premised on a finding that an interprovincial transportation undertaking exists. Subsection 92A(1)(b), on the other hand, is not concerned with the transportation of natural resources beyond the province, but rather with the "development, conservation and management" of these resources within the province. As discussed above, the Westcoast gathering pipelines, processing plants and mainline transmission pipeline constitute a single interprovincial undertaking which transports natural gas from production fields in the Yukon, Northwest Territories, Alberta and British Columbia to delivery points in Alberta, British Columbia and the United States. We fail to see how s. 92A(1)(b) could extend provincial jurisdiction to include the regulation of the

des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique», avait pour effet de modifier la portée du pouvoir déclaratoire prévu à l'al. 92(10)c). Six des sept juges de notre Cour qui ont entendu l'affaire, ont conclu que non. Le juge Iacobucci, s'exprimant en son propre nom au nom des juges Sopinka et Cory, a fait les remarques suivantes, aux pp. 409 et 410:

Bien que le texte de l'art. 92A indique clairement que la gestion des installations destinées à la production d'énergie électrique relève de la compétence exclusive de la province, cette disposition ne précise pas qu'une réserve spéciale a été apportée en vue de soustraire ces installations au pouvoir déclaratoire fédéral. À mon avis, le Parlement n'a pas renoncé à son pouvoir déclaratoire sur les centrales nucléaires lorsque l'art. 92A de la Loi constitutionnelle de 1867 a été ajouté à la Constitution en 1982.

Je tiens aussi à préciser que ces conclusions sont compatibles avec les articles de doctrine portant sur l'art. 92A, selon lesquels la modification concernant les ressources, comme on l'appelle, a accru la compétence des provinces relativement à la collecte de revenus tirés des ressources et à la réglementation de l'aménagement et de la production des ressources, et ce, sans diminuer les pouvoirs fédéraux préexistants. [Je souligne.]

À notre avis, ces remarques s'appliquent tout autant à la compétence du Parlement sur les entreprises de transport interprovincial visées à l'al. 92(10)a). L'article 92A ne porte pas atteinte à la compétence conférée au Parlement par l'al. 92(10)a). La reconnaissance de la compétence du fédéral en vertu de l'al. 92(10)a) est tributaire de la conclusion préalable qu'il existe une entreprise de transport interprovincial. L'alinéa 92A(1)b), par contre, ne porte pas sur le transport des ressources naturelles au-delà des limites de la province, mais plutôt sur l'«exploitation, [la] conservation et [la] gestion» de ces ressources dans les limites de la province. Comme il a été vu précédemment, les canalisations de collecte, les usines de traitement et la canalisation de transport principale de Westcoast constituent une entreprise interprovinciale unique, qui transporte du gaz naturel extrait de gisements situés au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest, en Alberta et en Colombie-Britannique, jusqu'à des points de livraison en Alberta, en

transportation of natural gas through these facilities across provincial boundaries.

BC Gas and the Attorneys General of British Columbia and for Alberta relied on comments by La Forest J., writing for himself, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ., in *Ontario Hydro, supra*, at pp. 376-78, concerning the impact of s. 92A(1)(c) on the jurisdiction of Parliament over electrical generating facilities under s. 92(10)(a):

To understand the situation, it is useful to examine the backdrop against which s. 92A was passed. In a general sense, the interventionist policies of the federal authorities in the 1970s in relation to natural resources, particularly oil and other petroleum products, were a source of major concern to the provinces. . . .

It was to respond to this insecurity about provincial jurisdiction over resources — one of the mainstays of provincial power — that s. 92A was enacted. Section 92A(1) reassures by restating this jurisdiction in contemporary terms, and the following provisions go on, for the first time, to authorize the provinces to legislate for the export of resources to other provinces subject to Parliament's paramount legislative power in the area, as well as to permit indirect taxation in respect of resources so long as such taxes do not discriminate against other provinces.

Most commentators mention only these issues in describing the background against which s. 92A was enacted, but there were others, specifically in relation to the generation, production and exporting of electrical energy, that must have been seen as a threat to provincial autonomy in these areas. In most of the provinces, at least, the generation and distribution of electrical energy is done by the same undertaking. There is an integrated and interconnected system beginning at the generating plant and extending to its ultimate destination. There was authority that indicated that even an emergency interprovincial grid system might effect an interconnection between utilities sufficient to make the whole system a work connecting or extending beyond the province, and so falling within federal jurisdiction

Colombie-Britannique et aux États-Unis. Nous ne voyons pas comment l'al. 92A(1)b) pourrait élargir la compétence de la province de manière à inclure la réglementation du transport du gaz naturel dans les installations situées au-delà des frontières provinciales.

BC Gas et les procureurs généraux de la Colombie-Britannique et de l'Alberta ont invoqué les commentaires faits par le juge La Forest, en son propre nom et au nom des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, dans l'arrêt *Ontario Hydro*, précité, aux pp. 376 à 378, relativement à l'effet de l'al. 92A(1)c) sur la compétence du Parlement à l'égard des installations destinées à la production d'énergie électrique visées à l'al. 92(10)a):

Pour comprendre la situation, il est utile d'examiner le contexte dans lequel a été adopté l'art. 92A. De manière générale, les politiques interventionnistes que les autorités fédérales ont adoptées au cours des années 70 à l'égard des ressources naturelles, et notamment du pétrole et de ses dérivés, préoccupaient beaucoup les provinces. . . .

C'est pour dissiper cette incertitude quant à la compétence provinciale sur les ressources — un des pivots de la compétence provinciale — qu'on a adopté l'art. 92A. Le paragraphe 92A(1) rassure en reformulant cette compétence en des termes contemporains et les dispositions qui suivent autorisent pour la première fois les provinces à légiférer sur l'exportation des ressources vers d'autres provinces, sous réserve de la compétence législative prépondérante du Parlement dans le domaine, et à taxer indirectement les ressources dans la mesure où ces taxes ne sont pas discriminatoires à l'égard d'autres provinces.

La plupart des auteurs ne font que mentionner ces questions lorsqu'ils décrivent le contexte dans lequel a été adopté l'art. 92A; toutefois, il y en a eu d'autres qui, particulièrement en ce qui concerne la production et l'exportation d'énergie électrique, ont dû être considérées comme une menace à l'autonomie provinciale dans ces domaines. Dans la plupart des provinces, tout au moins, la production et la distribution d'énergie électrique se font par la même entreprise. Il existe un réseau intégré et interconnecté qui va de la centrale jusqu'à la destination finale du produit. Il y a une décision qui indique que même un réseau interprovincial d'urgence pourrait créer, entre ces installations, une interconnexion suffisante pour faire de l'ensemble du réseau un ouvrage reliant la province à une autre ou à d'autres pro-

within the meaning of s. 92(10)(a) of the Constitution Act, 1867 . . . There was danger, then, that at least the supply system and conceivably the whole undertaking, from production to export, could be viewed as being a federal undertaking. . . . The express grant of legislative power over the development of facilities for the generation and production of electrical energy (s. 92A(1)(c)), coupled with the legislative power in relation to the export of electrical energy offers at least comfort for the position that, leaving aside other heads of power, the development, conservation and management of generating facilities fall exclusively within provincial competence. The nature of provincial electrical generating and distribution systems at the time of the passing of s. 92A must have been appreciated.

What is important to note is that the danger to provincial autonomy over the generation of electrical energy did not arise out of the discretion Parliament had or might in future exercise under its declaratory power. The danger, rather, lay in the possible transformation of these enterprises into purely federal undertakings by reason of their connection or extension beyond the province. Section 92A ensures the province the management, including the regulation of labour relations, of the sites and facilities for the generation and production of electrical energy that might otherwise be threatened by s. 92(10)(a). But I cannot believe it was meant to interfere with the paramount power vested in Parliament by virtue of the declaratory power (or for that matter Parliament's general power to legislate for the peace, order and good government of Canada) over "(a)ll works and undertakings constructed for the production, use and application of atomic energy". This, as already seen, comprises the management of these facilities, displacing any management powers the province might otherwise have had under s. 92A. And a vital part of the power of management is the power to regulate labour relations. [Emphasis added.]

These parties argued that these comments apply with equal force to the jurisdiction of Parliament over natural gas pipeline facilities under s. 92(10)(a) and therefore that federal jurisdiction over the Westcoast gathering pipeline and processing plant facilities under s. 92(10)(a) is ousted by s. 92A(1)(b).

vinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province, et le faire ainsi relever de la compétence fédérale au sens de l'al. 92(10)a de la Loi constitutionnelle de 1867 [. . .] Il existait alors un risque qu'au moins le réseau d'approvisionnement, et voire même peut-être bien toute l'entreprise, depuis la production jusqu'à l'exportation, soit considéré comme une entreprise fédérale. [. . .] L'attribution explicite de la compétence législative sur l'aménagement d'installations destinées à la production d'énergie électrique (al. 92A(1)c), conjuguée à la compétence législative relativement à l'exportation de l'énergie électrique, appuie au moins le point de vue selon lequel, exception faite des autres chefs de compétence, l'aménagement, la conservation et la gestion des centrales électriques relèvent exclusivement de la compétence provinciale. On a dû apprécier la nature des réseaux provinciaux de production et de distribution d'énergie électrique au moment de l'adoption de l'art. 92A.

Il importe de souligner que le danger pour l'autonomie provinciale en matière de production d'énergie électrique ne découlait pas du pouvoir discrétionnaire que le Parlement avait exercé ou qu'il pourrait exercer à l'avenir en vertu de son pouvoir déclaratoire. Ce danger résidait plutôt dans la possibilité que ces entreprises deviennent des entreprises purement fédérales du fait de leur raccordement ou de leur extension au-delà des limites de la province. L'article 92A garantit à la province la gestion des emplacements et des installations destinés à la production d'énergie électrique, y compris la réglementation des relations de travail, qui pourraient par ailleurs être menacés par l'al. 92(10)a). Toutefois, je ne puis croire que cette disposition visait à empiéter sur la compétence prépondérante dont jouit le Parlement en vertu de son pouvoir déclaratoire (ou, quant à cela, de son pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada) sur les «ouvrages et entreprises destinés à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique». Ceci, comme nous l'avons vu, comprend la gestion de ces installations et écarte ainsi tout pouvoir de gestion que la province pourrait avoir par ailleurs en vertu de l'art. 92A. Une partie essentielle du pouvoir de gestion est celui de réglementer les relations de travail. [Je souligne.]

Ces parties ont soutenu que ces commentaires s'appliquaient tout autant à la compétence dont dispose le Parlement à l'égard des gazoducs en vertu de l'al. 92(10)a) et que, par conséquent, l'al. 92A(1)b) écartait la compétence de ce dernier sur les canalisations de collecte et les usines de traitement de Westcoast fondée sur l'al. 92(10)a).

We do not believe that the statements made by La Forest J. go quite as far as was submitted. To begin with, the issue in *Ontario Hydro, supra*, was the impact of s. 92A(1)(c) on the declaratory power in s. 92(10)(c). The effect of s. 92A(1)(b) on s. 92(10)(a) was not before the Court and the comments of La Forest J. concerning the impact of s. 92A on s. 92(10)(a) were *obiter dicta*. But more importantly, s. 92A(1)(c) deals specifically with jurisdiction over “development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy”. Subsection 92A(1)(b), on the other hand, does not refer to jurisdiction over “sites and facilities”, but more generally to jurisdiction over “development, conservation and management of non-renewable resources”. Finally, even assuming that s. 92A(1) was enacted to respond to concerns about the potential reach of federal jurisdiction under s. 92(10)(a), we fail to see how s. 92A(1)(b) would alter the result in this particular case, for the reasons already given. Indeed, the last three sentences of the above-quoted excerpt from the reasons of La Forest J. serve to reinforce this conclusion. Nothing in s. 92A was intended to derogate from the pre-existing powers of Parliament.

4. Conclusion

We conclude that the Westcoast gathering pipelines, processing plants and mainline transmission pipeline, of which the proposed Fort St. John and Grizzly Valley facilities would form part, constitute a single federal transportation undertaking which is engaged in the transportation of natural gas from production fields located in the Yukon, the Northwest Territories, Alberta and British Columbia to delivery points within Alberta and British Columbia and the international boundary with the United States. As such, the proposed facilities come within the exclusive jurisdiction of Parliament under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*.

Nous ne croyons pas que les propos du juge La Forest aient une portée aussi grande que celle qu'on leur attribue. D'abord, la question en litige dans l'arrêt *Ontario Hydro*, précité, était de savoir quel était l'effet de l'al. 92A(1)(c) sur le pouvoir déclaratoire prévu à l'al. 92(10)(c). La Cour n'était pas saisie de la question de l'effet de l'al. 92A(1)(b) sur l'al. 92(10)(a), et les commentaires du juge La Forest sur l'effet de l'art. 92A sur l'al. 92(10)(a) constituaient des remarques incidentes. Mais, ce qui est plus important, l'al. 92A(1)(c) porte précisément sur la compétence sur l'«aménagement, [la] conservation et [la] gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique». L'alinéa 92A(1)(b), par contre, ne parle pas de la compétence à l'égard «des emplacements et des installations» mais plutôt, de façon plus générale, de la compétence sur l'«exploitation, [la] conservation et [la] gestion des ressources naturelles non renouvelables». Enfin, même en supposant que le par. 92A(1) a été édicté pour répondre aux inquiétudes suscitées par l'étendue potentielle de la compétence fédérale fondée sur l'al. 92(10)(a), nous ne voyons pas comment l'al. 92A(1)(b) modifierait le résultat dans le présent cas, compte tenu des motifs exposés précédemment. De fait, les trois dernières phrases de l'extrait précité des motifs du juge La Forest renforcent cette conclusion. L'article 92A ne visait d'aucune façon à réduire les pouvoirs préexistants du Parlement.

4. La conclusion

Nous concluons que les canalisations de collecte, les usines de traitement et la canalisation de transport principale de Westcoast — dont feraient partie les installations projetées à Fort St. John et Grizzly Valley — constituent une entreprise de transport fédérale unique, qui transporte du gaz naturel extrait de gisements situés au Yukon, dans les Territoires du Nord-Ouest, en Alberta et en Colombie-Britannique jusqu'à des points de livraison situés en Alberta, en Colombie-Britannique et à la frontière internationale séparant le Canada et les États-Unis. En conséquence, les installations projetées relèvent de la compétence exclusive du Parlement prévue à l'al. 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

C. *If the Proposed Facilities Come Within Federal Jurisdiction, Do the Proposed Gas Processing Plant Facilities Come Within the Definition of "Pipeline" in Section 2 of the National Energy Board Act?*

86 It was argued by BC Gas that, even if the projects in issue are within federal jurisdiction, the *National Energy Board Act* does not give the Board jurisdiction over gas processing plants because they do not fall within the following definition of "pipeline", found in s. 2:

"pipeline" means a line that is used or to be used for the transmission of oil or gas, alone or with any other commodity, and that connects a province with any other province or provinces or extends beyond the limits of a province or the offshore area as defined in section 123, and includes all branches, extensions, tanks, reservoirs, storage facilities, pumps, racks, compressors, loading facilities, interstation systems of communication by telephone, telegraph or radio and real and personal property and works connected therewith; [Emphasis added.]

87 If processing plants are to fall within this definition, this must be by virtue of the concluding words of the section: "and real and personal property and works connected therewith". It is difficult to see how the processing plants could be viewed other than as works connected to the Westcoast transmission lines. BC Gas contends that the entire definition is qualified by the words "used or to be used for the transmission of oil or gas", and that because the processing plants are not, strictly speaking, for transmission, they fall outside the scope of the provision. However, we find no support in the wording or structure of the definition to support this interpretation.

88 It was also argued by BC Gas that the *ejusdem generis* principle of statutory interpretation dictates that the general words at the end of the definition should be construed to refer to items similar

C. *Si les installations projetées relèvent de la compétence du fédéral, les installations de traitement du gaz projetées sont-elles visées par la définition de «pipeline» à l'art. 2 de la Loi sur l'Office national de l'énergie?*

BC Gas a prétendu que, même si les projets en cause relèvent de la compétence du fédéral, la *Loi sur l'Office national de l'énergie* n'accorde pas à l'Office compétence sur les usines de traitement du gaz, parce que ces usines ne sont pas visées par la définition suivante de «pipeline», qui figure à l'art. 2:

«pipeline» Canalisation servant ou destinée à servir au transport du pétrole ou du gaz, seul ou avec un autre produit, et reliant une province et une ou plusieurs autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites d'une province ou de la zone extracôtière, au sens de l'article 123, y compris les branchements, extensions, citernes, réservoirs, installations de stockage ou de chargement, pompes, rampes de chargement, compresseurs, systèmes de communication entre stations par téléphone, télégraphe ou radio, ainsi que les ouvrages, ou autres biens immeubles ou meubles, connexes. [Je souligne.]

Si les usines de traitement sont visées par cette définition, c'est en vertu de ses derniers mots: «ainsi que les ouvrages, ou autres biens immeubles ou meubles, connexes». Il est difficile d'imaginer comment les usines de traitement pourraient être considérées autrement que comme des ouvrages reliés aux canalisations de transport de Westcoast. BC Gas a prétendu que l'expression «servant ou destinée à servir au transport du pétrole ou du gaz» a pour effet de restreindre la portée de l'ensemble de la définition et que, comme les usines de traitement ne servent pas, à strictement parler, au transport, ces usines ne sont pas visées par la définition. Cependant, nous estimons que ni le libellé ni la structure de la définition n'étaient cette interprétation.

BC Gas a également plaidé que, selon la règle *ejusdem generis* appliquée en matière d'interprétation législative, les termes généraux utilisés à la fin de la définition doivent être considérés comme faisant référence à des choses analogues à celles énumérées de façon expresse. Nous ne sommes pas

to those specifically enumerated. We disagree. As Hugessen J.A. stated, at p. 302:

The second part of the definition is in its terms inclusory and should not be read so as to restrict the more general words which both precede and follow it. Those words are in themselves very broad and quite adequate to cover processing plants. Furthermore, it seems to me that there is a sound constitutional reason why the processing plants should not have been included in the enumeration: such plants are ordinarily local works subject to provincial jurisdiction; they only become subject to federal jurisdiction by reason of their being part of a federal interprovincial transportation undertaking. It would be unusual for Parliament to include in the definition works which would not normally be subject to its jurisdiction and only became so by reason of factors external to the legislation.

We agree with this statement and conclude that the Westcoast processing plants are subject to the jurisdiction of the Board by virtue of the overall scheme of the *National Energy Board Act* and the definition of "pipeline" contained therein.

VIII. Disposition

We would dismiss the appeal with costs. The constitutional question should be answered as follows:

Q. Given the division of authority between the Parliament of Canada and the legislatures of the provinces in the *Constitution Acts, 1867 to 1982*, are ss. 29, 30, 31, 33, 47, 52, 58 and 59 of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, applicable to the facilities proposed to be constructed by Westcoast Energy Inc. in respect of:

- (a) its Fort St. John Expansion Project, the subject of the application in proceeding GH-5-94 before the National Energy Board, and
- (b) its Grizzly Valley Expansion Project, as described in Order No. MO-21-95 of the National Energy Board?

A. (a) Yes.

(b) Yes.

d'accord avec cet argument. Comme l'a dit le juge Hugessen, à la p. 302:

La deuxième partie de la définition, qui revêt un caractère inclusif, ne devrait pas être interprétée comme restreignant la portée des termes plus généraux qui la précèdent et de ceux qui la suivent. Ces termes sont en soi très généraux et tout à fait aptes à englober les usines de traitement. De plus, il me semble exister une bonne raison d'ordre constitutionnel pour laquelle les usines de traitement n'auraient pas pu figurer dans l'énumération. En effet, ces usines constituent habituellement des ouvrages de nature locale soumis à la compétence provinciale. Elles ne sont assujetties à la compétence fédérale que lorsqu'elles font partie d'une entreprise fédérale de transport interprovincial. Il serait inusité que le législateur inclue dans la définition des ouvrages qui ne sont habituellement pas soumis à la compétence fédérale et qui ne le deviennent qu'en raison de facteurs étrangers à la loi.

Nous souscrivons à ces propos et concluons que les usines de traitement de Westcoast sont assujetties à la compétence de l'Office par l'effet de l'économie générale de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et de la définition de «pipeline» figurant dans cette loi.

VIII. Le dispositif

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. La question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Q. Compte tenu du partage des pouvoirs législatifs établi par les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* entre le Parlement du Canada et les législatures des provinces, les art. 29, 30, 31, 33, 47, 52, 58 et 59 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, s'appliquent-ils aux installations dont Westcoast Energy Inc. propose la construction dans le cadre:

- a) de son projet d'expansion de Fort St. John, qui fait l'objet de la demande présentée dans l'instance n° GH-5-94 devant l'Office national de l'énergie;
- b) de son projet d'expansion de Grizzly Valley, qui est décrit dans l'ordonnance n° MO-21-95 de l'Office national de l'énergie?

R. a) Oui.

b) Oui.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

I. Introduction

90 Under the Canadian Constitution, the provinces have exclusive jurisdiction over the development and management of non-renewable nature resources, including minerals, oil and gas. The provinces also have the power to govern works and undertakings within the province.

91 There are exceptions to this rule. First, s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867* enables Parliament to declare a local work “to be for the general Advantage of Canada or for the Advantage of Two or more of the Provinces”. Second, Parliament may assume power pursuant to the peace, order and good government (POGG) clause of the Constitution. Finally, a provincial work or undertaking may fall under federal power through the operation of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*: “Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province”.

92 The main issue before this Court is whether the federal government has the power to regulate two gas processing plants and related gathering facilities (hereinafter referred to as the “processing plants”) that Westcoast Energy Inc. (“Westcoast”) proposes to build in northern British Columbia: the “Fort St. John” and “Grizzly Valley” projects. As resource production facilities located within the province, the processing plants *prima facie* fall within provincial jurisdiction, under ss. 92(10) (local works and undertakings), 92(13) (property and civil rights in the province), 92(16) (matters of a local or private nature), or s. 92A(1) (resource development, conservation and management). The question is whether any of the exceptional rules which permit federal regulation of provincial operations apply. The federal government has not

Version française du jugement rendu par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

I. Introduction

Aux termes de la Constitution canadienne, l'exploitation et la gestion des ressources naturelles non renouvelables, dont les minéraux, le pétrole et le gaz, relèvent de la compétence exclusive des provinces. Chaque province a aussi le pouvoir de réglementer les ouvrages et les entreprises situés sur son territoire.

Il y a des exceptions à cette règle. Premièrement, l'al. 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilite le Parlement à déclarer qu'un ouvrage de nature locale est «à l'avantage général du Canada, ou à l'avantage de deux ou plusieurs provinces». Deuxièmement, le Parlement peut s'attribuer compétence en vertu de la clause constitutionnelle concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Finalement, un ouvrage ou une entreprise de nature provinciale peut relever de la compétence fédérale par l'effet de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*: «lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province».

La principale question dont est saisie notre Cour est de savoir si le gouvernement fédéral a le pouvoir de réglementer les deux usines de traitement du gaz ainsi que les installations de collecte connexes (ci-après appelées les «usines de traitement») que Westcoast Energy Inc. («Westcoast») se propose de construire dans le nord de la Colombie-Britannique: les projets «Fort St. John» et «Grizzly Valley». En tant qu'installations de production tirée d'une ressource situées dans la province, les usines de traitement relèvent à première vue de la compétence de la province en vertu des par. 92(10) (ouvrages et entreprises de nature locale), 92(13) (propriété et droits civils dans la province), 92(16) (matières de nature locale ou privée) ou 92A(1) (exploitation, conservation et gestion des ressources). Il s'agit de décider si l'une ou

declared the processing plants to be for the general advantage of Canada. Nor has it been argued that the federal government is entitled to regulate the processing plants through the peace, order and good government power. The claim of federal jurisdiction is based solely on the argument that the processing plants fall within the residual phrase of s. 92(10)(a): "other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province". If this issue is resolved in favour of federal jurisdiction, the further question is whether the processing plants fall within the definition of "pipeline" in the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7. If they do not, the National Energy Board does not have jurisdiction over the processing plants.

I cannot accept the claim that the processing plants fall within federal jurisdiction. They do not themselves qualify as works or undertakings connecting the province with other provinces, territories or countries. If they are to fall under federal jurisdiction, it must be by association with Westcoast's interprovincial pipeline, which is an interprovincial transportation undertaking. In my respectful opinion, the relationship between the processing plants and the interprovincial pipeline which will carry most of their product does not suffice to remove the plants from provincial to federal control. A purposive interpretation of the allocation of powers between the federal government and the provinces supports the view that the plants remain within provincial jurisdiction. So does the jurisprudence. To hold otherwise is to shift fundamentally the balance of powers in the Constitution.

II. Facts

The northeast portion of British Columbia contains rich reserves of natural gas. Numerous entities have explored, drilled and found gas in this

l'autre des règles d'exception qui autorisent le gouvernement fédéral à régir des activités provinciales s'applique. Le gouvernement fédéral n'a pas déclaré que les usines de traitement étaient à l'avantage général du Canada. Il n'a pas non plus été plaidé que le gouvernement fédéral a le droit de réglementer ces usines en vertu de son pouvoir concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement. La revendication de compétence fédérale repose uniquement sur l'argument selon lequel les usines de traitement sont visées par la clause résiduelle de l'al. 92(10)a): «autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province». Si l'on conclut à la compétence du gouvernement fédéral, il faut ensuite se demander si les usines de traitement sont visées par la définition donnée au mot «pipeline» dans la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7. Dans la négative, ces usines échappent à la compétence de l'Office national de l'énergie.

Je ne saurais accepter l'argument que les usines de traitement relèvent de la compétence fédérale. Elles ne sont pas elles-mêmes des ouvrages ou entreprises reliant la province à d'autres provinces, territoires ou pays. Si elles relèvent de la compétence fédérale, ce doit être de par leur association avec le pipeline interprovincial de Westcoast, qui est une entreprise de transport interprovincial. À mon avis, le lien entre les usines de traitement et le pipeline interprovincial qui acheminera la majeure partie de leur production est insuffisant pour les soustraire au contrôle de la province et les assujettir à celui du gouvernement fédéral. Une interprétation, fondée sur l'objet visé, du partage des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces étaye le point de vue selon lequel les usines continuent de relever de la compétence de la province. La jurisprudence corrobore ce point de vue. Affirmer le contraire reviendrait à modifier fondamentalement le partage des pouvoirs établi par la Constitution.

II. Les faits

Le nord-est de la Colombie-Britannique renferme d'immenses réserves de gaz naturel. De nombreuses entreprises ont effectué des travaux

region. They, or others to whom they have sold their rights, sell this gas. Before it is sold, however, much of the gas produced in British Columbia is processed.

95 The processing of the gas serves a variety of purposes. First, it extracts a number of commercially valuable products, including hydrocarbon liquids and sulphur. Second, the extraction of these and other substances makes the gas cheaper and safer to transport. The gathering lines carrying the raw gas to the plants are built of steel designed to resist corrosion. The steel in the lines carrying processed gas from the plants, by contrast, does not need to be corrosion resistant because the corrosive chemicals have been removed from the gas. It is thus cheaper to transport processed gas. It is also safer because processing removes hydrogen sulphide, a toxic substance, before the gas reaches densely populated areas.

96 Westcoast is not the only company engaged in processing gas in British Columbia. A number of other companies operate gas processing plants. All of these are currently operating under provincial jurisdiction, even where their product flows into interprovincial pipelines. Several processing plants are owned by Westcoast subsidiaries. They too are currently operating under provincial jurisdiction, though their product flows into interprovincial pipelines owned by Westcoast.

97 Some of the natural gas and other commodities produced by the plants are sold in British Columbia; some are exported. These products are transported to market, whether domestic or export, by various means. The natural gas liquids and sulphur are transported by truck and rail. The residue gas — about 80 percent of the raw gas fed to the processing plants — is transported by pipelines which move the gas throughout the province and beyond its borders, to other provinces and the United States.

d'exploration et de forage dans cette région et y ont trouvé du gaz. Celles-ci ou d'autres à qui elles ont cédé leurs droits vendent ce gaz. Mais avant d'être vendu, la majeure partie du gaz produit en Colombie-Britannique est traitée.

Le traitement du gaz vise divers objectifs. Premièrement, il permet d'extraire un certain nombre de produits ayant une valeur commerciale, notamment les hydrocarbures liquides et le soufre. Deuxièmement, l'extraction de ces produits et d'autres substances permet de rendre le transport du gaz moins coûteux et plus sûr. Les canalisations de collecte qui acheminent le gaz brut aux usines sont faites d'acier résistant à la corrosion. Par contre, les canalisations qui acheminent le gaz traité à partir des usines n'ont pas à être en acier résistant à la corrosion parce que les produits chimiques corrosifs ont été enlevés. Le coût du transport du gaz traité est donc moindre. Le transport est aussi plus sûr car le traitement permet de retirer l'hydrogène sulfuré, qui est une substance toxique, avant que le gaz n'atteigne des secteurs à forte densité de population.

Westcoast n'est pas la seule entreprise de traitement du gaz en Colombie-Britannique. Un certain nombre d'autres sociétés y exploitent de telles usines. Toutes relèvent à l'heure actuelle de la compétence de la province, même lorsque leur produit est transporté dans des pipelines interprovinciaux. Plusieurs usines de traitement appartiennent à des filiales de Westcoast. Elles sont elles aussi réglementées par la province, bien que leur produit soit acheminé par des pipelines interprovinciaux appartenant à Westcoast.

Une partie du gaz naturel et des autres produits provenant des usines est vendue en Colombie-Britannique et une autre partie est exportée. Ces produits sont transportés vers le marché national ou étranger par divers moyens. Les liquides et le soufre extraits du gaz naturel sont transportés par camion et par train. Le gaz résiduaire — environ 80 pour 100 du gaz brut livré aux usines de traitement — est acheminé par pipeline dans toutes les régions de la province ainsi qu'à l'extérieur de celle-ci, dans d'autres provinces et aux États-Unis.

Sometimes gathering lines, processing plants and transmission pipelines are owned by different companies. In much of northeast British Columbia, however, one company — Westcoast — operates the activities of gathering, processing and transportation and owns the associated facilities. Westcoast coordinates the three activities through its head office in Vancouver and its staff in the field.

III. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Constitution Act, 1867

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, —

. . . .

29. Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

And any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section shall not be deemed to come within the Class of Matters of a local or private Nature comprised in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, —

. . . .

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes: —

Il arrive que les canalisations de collecte, les usines de traitement et les canalisations de transport appartiennent à des sociétés distinctes. Toutefois, dans la majeure partie du nord-est de la Colombie-Britannique, une société — Westcoast — exerce les activités de collecte, de traitement et de transport et possède les installations connexes. Westcoast coordonne les trois types d'activités depuis son siège à Vancouver et par l'intermédiaire de son personnel local.

III. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Loi constitutionnelle de 1867

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

. . . .

29. les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

Et aucune des matières ressortissant aux catégories de sujets énumérés au présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d'une nature locale ou privée comprises dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

. . . .

10. les ouvrages et entreprises d'une nature locale, autres que ceux qui sont énumérés dans les catégories suivantes:

(a) Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province;

92A. (1) In each province, the legislature may exclusively make laws in relation to

. . .

(b) development, conservation and management of non-renewable natural resources and forestry resources in the province, including laws in relation to the rate of primary production therefrom; and

(c) development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy.

. . .

(5) The expression "primary production" has the meaning assigned by the Sixth Schedule.

. . .

THE SIXTH SCHEDULE

Primary Production from Non-Renewable Natural Resources and Forestry Resources

1. For the purposes of section 92A of this Act,

(a) production from a non-renewable natural resource is primary production therefrom if

(i) it is in the form in which it exists upon its recovery of severance from its natural state, or

(ii) it is a product resulting from processing or refining the resource, and is not a manufactured product or a product resulting from refining crude oil, refining upgraded heavy crude oil, refining gases or liquids derived from coal or refining a synthetic equivalent of crude oil; . . .

National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7

2. In this Act,

. . .

"pipeline" means a line that is used or to be used for the transmission of oil or gas, alone or with any

a) lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;

92A. (1) La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer dans les domaines suivants:

. . .

b) exploitation, conservation et gestion des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, y compris leur rythme de production primaire;

c) aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique.

. . .

(5) L'expression «production primaire» a le sens qui lui est donné dans la sixième annexe.

. . .

SIXIÈME ANNEXE

Production primaire tirée des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières

1. Pour l'application de l'article 92A:

a) on entend par production primaire tirée d'une ressource naturelle non renouvelable:

(i) soit le produit qui se présente sous la même forme que lors de son extraction du milieu naturel,

(ii) soit le produit non manufacturé de la transformation, du raffinage ou de l'affinage d'une ressource, à l'exception du produit du raffinage du pétrole brut, du raffinage du pétrole brut lourd amélioré, du raffinage des gaz ou des liquides dérivés du charbon ou du raffinage d'un équivalent synthétique du pétrole brut; . . .

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

«pipeline» Canalisation servant ou destinée à servir au transport du pétrole ou du gaz, seul ou avec un

other commodity, and that connects a province with any other province or provinces or extends beyond the limits of a province or the offshore area as defined in section 123, and includes all branches, extensions, tanks, reservoirs, storage facilities, pumps, racks, compressors, loading facilities, interstation systems of communication by telephone, telegraph or radio and real and personal property and works connected therewith;

30. (1) No company shall operate a pipeline unless

(a) there is a certificate in force with respect to that pipeline; and

(b) leave has been given under this Part to the company to open the pipeline.

(2) No company shall operate a pipeline otherwise than in accordance with the terms and conditions of the certificate issued with respect thereto.

31. Except as otherwise provided in this Act, no company shall begin the construction of a section or part of a pipeline unless

(a) the Board has by the issue of a certificate granted the company leave to construct the line; . . .

47. (1) No pipeline and no section of a pipeline shall be opened for the transmission of hydrocarbons or any other commodity by a company until leave to do so has been obtained from the Board.

(2) Leave may be granted by the Board under this section if the Board is satisfied that the pipeline may safely be opened for transmission.

52. The Board may, subject to the approval of the Governor in Council, issue a certificate in respect of a pipeline if the Board is satisfied that the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity and, in considering an application for a certificate, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant, and may have regard to the following:

(a) the availability of oil or gas to the pipeline;

(b) the existence of markets, actual or potential;

(c) the economic feasibility of the pipeline;

(d) the financial responsibility and financial structure of the applicant, the methods of financing the pipeline and the extent to which Canadians will have an

autre produit, et reliant une province et une ou plusieurs autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites d'une province ou de la zone extracôtière, au sens de l'article 123, y compris les branchements, extensions, citernes, réservoirs, installations de stockage ou de chargement, pompes, rampes de chargement, compresseurs, systèmes de communication entre stations par téléphone, télégraphe ou radio, ainsi que les ouvrages, ou autres biens immeubles ou meubles, connexes.

30. (1) La compagnie ne peut exploiter un pipeline que si les conditions suivantes sont réunies:

a) il existe un certificat en vigueur relativement à ce pipeline;

b) elle a été autorisée à mettre le pipeline en service aux termes de la présente partie.

(2) La compagnie doit exploiter le pipeline conformément aux conditions du certificat délivré à cet égard.

31. Sauf dispositions contraires de la présente loi, la compagnie ne peut commencer la construction d'une section ou partie de pipeline que si les conditions suivantes sont réunies:

a) l'Office l'a, par la délivrance d'un certificat, autorisée à construire la canalisation; . . .

47. (1) La compagnie ne peut mettre en service, pour le transport d'hydrocarbures ou d'autres produits, un pipeline ou une section de celui-ci que si elle a obtenu de l'Office une autorisation à cette fin.

(2) L'Office ne délivre l'autorisation prévue au présent article que s'il est convaincu que le pipeline peut, sans danger, être mis en service pour le transport.

52. Sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil, l'Office peut, s'il est convaincu de son caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, délivrer un certificat à l'égard d'un pipeline; ce faisant, il tient compte de tous les facteurs qu'il estime pertinents, et notamment de ce qui suit:

a) l'approvisionnement du pipeline en pétrole ou gaz;

b) l'existence de marchés, réels ou potentiels;

c) la faisabilité économique du pipeline;

d) la responsabilité et la structure financières du demandeur et les méthodes de financement du pipeline ainsi que la mesure dans laquelle les Canadiens

opportunity of participating in the financing, engineering and construction of the pipeline; and

(e) any public interest that in the Board's opinion may be affected by the granting or the refusing of the application.

IV. Decisions Below

A. *National Energy Board, Reasons for Decision GH-5-94 (A. Côté-Verhaaf, K. W. Vollman and R. Illing)*

100 The National Energy Board considered whether it had jurisdiction over the Fort St. John project. The majority of the Board ruled that while the federal government had jurisdiction over the interprovincial transportation of natural gas, it did not have jurisdiction over the processing plants. The majority accepted that Westcoast would operate its gathering, processing and interprovincial transportation activities as an integrated business. But that, in its view, did not bring the provincial aspects of that business — the gathering and processing — into the federal sphere because all three segments of the business would retain their distinctive character. The federal government's entitlement to regulate one aspect of Westcoast's business — interprovincial transportation — did not entitle it to regulate all of them.

101 In support of this view, the majority of the National Energy Board noted, at p. 9, that gathering, processing and interprovincial transportation, while in this case carried on by the same company, are "fundamentally different activities or services". It observed that Westcoast's business practices reflect these differences. Customers can contract for Westcoast's transmission services separately from its gathering and processing services. Gathering, processing and mainline transmission are tolled separately and according to different methodologies. The majority held that coordination between the three activities is a universal feature of the natural gas industry and would occur even if different companies were operating the different activities. The mere fact that Westcoast happens to operate all three activities should not change the constitutional jurisdiction over each of the activi-

auront la possibilité de participer au financement, à l'ingénierie ainsi qu'à la construction du pipeline;

e) les conséquences sur l'intérêt public que peut, à son avis, avoir sa décision.

IV. Les décisions rendues

A. *Office national de l'énergie, motifs de la décision GH-5-94 (A. Côté-Verhaaf, K. W. Vollman et R. Illing)*

L'Office national de l'énergie s'est demandé si le projet Fort St. John relevait de sa compétence. Il a décidé à la majorité que, même si le transport interprovincial du gaz naturel relève de la compétence du gouvernement fédéral, les usines de traitement n'en relèvent pas. Les membres majoritaires ont accepté que Westcoast exercerait ses activités de collecte, de traitement et de transport interprovincial en tant qu'entreprise intégrée. Mais, à leur avis, les aspects provinciaux de cette entreprise — la collecte et le traitement — ne relevaient pas pour autant de la compétence fédérale, parce que les trois secteurs de l'entreprise conservaient leur caractère distinctif. Le droit du gouvernement fédéral de réglementer un aspect de l'entreprise de Westcoast — le transport interprovincial — ne lui donnait pas le droit d'en réglementer tous les aspects.

Pour étayer ce point de vue, les membres majoritaires de l'Office national de l'énergie ont fait remarquer, à la p. 9, que la collecte, le traitement et le transport interprovincial, quoique effectués en l'espèce par la même compagnie, sont «des activités ou services fondamentalement différents». Ils ont souligné que les pratiques commerciales de Westcoast reflètent ces différences. Les clients peuvent passer des contrats visant ses services de transport, indépendamment de ses services de collecte et de traitement. Les droits applicables aux services de collecte, de traitement et de transport par la canalisation principale sont calculés séparément et suivant des méthodes différentes. Les membres majoritaires ont conclu que la coordination des trois activités est une caractéristique universelle de l'industrie du gaz naturel qui existerait même si des compagnies différentes exerçaient les

ties. Nor should the fact that interprovincial transmission is dependent on processing; this dependence flows from the nature of the industry. It followed, the majority concluded, that the gathering and gas processing were not “integral” or “essential” to a core federal work or undertaking according to the test in *United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 S.C.R. 1112, and the processing plants did not fall within federal jurisdiction through the operation of s. 92(10)(a). The majority of the National Energy Board dismissed Westcoast’s application on the ground that the Board lacked jurisdiction.

The dissenting member of the Board held that the entire Westcoast system constituted a single undertaking falling under federal jurisdiction. The processing plants came within federal jurisdiction because they were an integral part of the main transmission pipeline and were essential to its operation. He also held that gas processing plants came within the definition of “pipeline” in the *National Energy Board Act*. Therefore, he concluded that the Board had jurisdiction over the Fort St. John project.

B. *Federal Court of Appeal*, [1996] 2 F.C. 263

The Federal Court of Appeal heard Westcoast’s appeal from the National Energy Board’s Fort St. John decision together with a reference concerning the Board’s jurisdiction over the Grizzly Valley project. That court agreed with the dissenting member of the Board that the integrated operations of Westcoast rendered the entirety of its activities in northeastern British Columbia a single undertaking under federal jurisdiction. It held that the Board erred in relying on the distinctive nature of the gas processing plants *vis-à-vis* the interprovincial pipeline. What mattered was not whether the plants differed from an interprovincial transportation undertaking, but whether they were interconnected and interdependent with it. The

diverses activités. Le simple fait que Westcoast exerce les trois activités ne devrait rien changer à la compétence constitutionnelle sur chacune de celles-ci. Le fait que le transport interprovincial dépende du traitement ne devrait rien changer non plus; cette dépendance découle de la nature de l’industrie. Il s’ensuivait, selon les membres majoritaires, que la collecte et le traitement du gaz ne constituaient pas une partie «intégrante» ou «essentielle» d’un ouvrage fédéral principal ou d’une entreprise fédérale principale selon le critère établi dans l’arrêt *Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 R.C.S. 1112, et que les usines de traitement ne relevaient pas de la compétence fédérale en application de l’al. 92(10)a). L’Office national de l’énergie à la majorité a rejeté la demande de Westcoast pour le motif qu’il n’avait pas compétence.

Le membre dissident de l’Office a conclu que l’ensemble du réseau Westcoast constituait une entreprise unique relevant de la compétence fédérale. Les usines de traitement relevaient de la compétence fédérale parce qu’elles faisaient partie intégrante de la canalisation de transport principale et étaient essentielles à son exploitation. Il a aussi statué que les usines de traitement du gaz étaient visées par la définition du mot «pipeline» dans la *Loi sur l’Office national de l’énergie*. En conséquence, il a conclu que l’Office avait compétence à l’égard du projet Fort St. John.

B. *Cour d’appel fédérale*, [1996] 2 C.F. 263

La Cour d’appel fédérale a entendu l’appel de Westcoast contre la décision de l’Office national de l’énergie relative à Fort St. John, simultanément à un renvoi concernant la compétence de l’Office à l’égard du projet Grizzly Valley. Elle a dit être d’accord avec le membre dissident de l’Office que les activités intégrées de Westcoast faisaient de l’ensemble de ses activités dans le nord-est de la Colombie-Britannique une entreprise unique relevant de la compétence fédérale. La cour a conclu que l’Office avait commis une erreur en invoquant la nature distinctive des usines de traitement du gaz par rapport au pipeline interprovincial. Ce qui importait ce n’était pas de savoir si les usines différaient d’une entreprise de transport interprovin-

102

103

court ruled as a matter of law that the interconnection and interdependence between gathering, processing and transportation of gas outside the province rendered all the activities part of Westcoast's federally regulated transportation enterprise through the operation of s. 92(10)(a). The court further held that the National Energy Board had jurisdiction over the processing plants as the plants came within the definition of "pipeline" in s. 2 of the *National Energy Board Act*.

V. Issues

104 On April 4, 1997, the Chief Justice stated the following constitutional question:

Given the division of authority between the Parliament of Canada and the legislatures of the provinces in the *Constitution Acts, 1867 to 1982*, are ss. 29, 30, 31, 33, 47, 52, 58 and 59 of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, applicable to the facilities proposed to be constructed by Westcoast Energy Inc. in respect of:

- (a) its Fort St. John Expansion Project, the subject of the application in proceeding GH-5-94 before the National Energy Board, and
- (b) its Grizzly Valley Expansion Project, as described in Order No. MO-21-95 of the National Energy Board?

Resolution of the above question requires a consideration of what is the appropriate test, and how the test applies to the processing plants. A subsidiary issue is whether deference is owed to the decision of the National Energy Board. Finally, if the processing plants come within federal jurisdiction, it will be necessary to determine whether they come within the definition of "pipeline" in the *National Energy Board Act*.

VI. Analysis

A. *The Test for Determining Whether a Local Work or Undertaking Falls Under Federal Jurisdiction Through the Operation of Section 92(10)(a) of the Constitution Act, 1867*

cial, mais plutôt de savoir s'il existait un lien entre elles et si elles étaient interdépendantes. La cour a décidé que, en droit, en raison du lien qui existait entre elles et de leur interdépendance, toutes les activités de collecte, de traitement et de transport du gaz à l'extérieur de la province faisaient partie de l'entreprise de transport de Westcoast relevant du gouvernement fédéral par l'effet de l'al. 92(10)a). Elle a aussi décidé que l'Office national de l'énergie avait compétence à l'égard des usines de traitement étant donné qu'elles étaient visées par la définition du mot «pipeline» à l'art. 2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

V. Les questions en litige

Le 4 avril 1997, le Juge en chef a énoncé la question constitutionnelle suivante:

Compte tenu du partage des pouvoirs législatifs établi par les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* entre le Parlement du Canada et les législatures des provinces, les art. 29, 30, 31, 33, 47, 52, 58 et 59 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, s'appliquent-ils aux installations dont Westcoast Energy Inc. propose la construction dans le cadre:

- a) de son projet d'expansion de Fort St. John, qui fait l'objet de la demande présentée dans l'instance n° GH-5-94 devant l'Office national de l'énergie;
- b) de son projet d'expansion de Grizzly Valley, qui est décrit dans l'ordonnance n° MO-21-95 de l'Office national de l'énergie?

Pour répondre à la question, il faut décider quel est le critère approprié et comment il s'applique aux usines de traitement. Subsidièrement, il faut décider s'il y a lieu de faire montre de retenue envers la décision de l'Office national de l'énergie. Pour terminer, si les usines de traitement relèvent de la compétence fédérale, il sera nécessaire de décider si elles sont visées par la définition du mot «pipeline» dans la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

VI. Analyse

A. *Le critère applicable pour décider si un ouvrage ou une entreprise d'une nature locale relève de la compétence fédérale par l'effet de l'al. 92(10)a) de la Loi constitutionnelle de 1867*

Two different legal tests for when a local work or undertaking will be swept into the federal sphere by virtue of its relationship to an interprovincial work or undertaking emerge from the decisions of the Board and the Federal Court of Appeal. The test of the majority of the National Energy Board suggests that so long as the local work or undertaking retains a distinct identity from the interprovincial work or undertaking, it will not be subsumed into the federal sphere. Using this approach, the inquiry is whether, on the one hand, viewed in the context of its day-to-day operations and the industry as a whole, the dominant character of the local work or undertaking is essentially the same as that of the interprovincial work or undertaking, or whether, on the other hand, the local enterprise retains a distinct provincial character. The test of the dissenting member and the Federal Court of Appeal, by contrast, suggests that a provincial work or undertaking will be swept into the federal realm whenever it is interconnected to and interdependent with the interprovincial work or undertaking. In my view, the first test — that adopted by the majority of the National Energy Board — is the correct test.

(1) The Two Ways a Local Work or Undertaking May Come Under Federal Jurisdiction Through the Application of Section 92(10)(a)

Section 92(10) of the Constitution gives the provinces jurisdiction over works and undertakings within their boundaries. This is subject to the exception found in s. 92(10)(a): “Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province”. As the processing plants are located within the boundaries of the province of British Columbia, in order for them to fall under federal jurisdiction, it must be shown that they fall within this exception. The plants are not one of the specifically named works or undertakings. The only way they can fall

Il se dégage de la décision de l’Office national de l’énergie et de l’arrêt de la Cour d’appel fédérale deux critères juridiques différents pour déterminer si un ouvrage ou une entreprise de nature locale sera soumis à la compétence fédérale à cause de son lien avec un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale. Suivant le critère appliqué par les membres majoritaires de l’Office, tant que l’ouvrage ou l’entreprise d’une nature locale conserve son identité propre par rapport à l’ouvrage ou à l’entreprise de nature interprovinciale il ne relève pas de la compétence fédérale. Selon ce point de vue, il faut se demander, d’une part, si, considéré dans le contexte de ses activités quotidiennes et de l’industrie en général, l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale a un caractère dominant essentiellement identique à celui de l’ouvrage ou de l’entreprise de nature interprovinciale, ou, d’autre part, si l’entreprise locale conserve un caractère provincial distinct. Par contre, selon le critère appliqué par le membre dissident et par la Cour d’appel fédérale, l’ouvrage ou l’entreprise de nature provinciale en cause relèvera de la compétence fédérale dans tous les cas où il existera un lien entre celui-ci et l’ouvrage ou l’entreprise de nature interprovinciale et où les ouvrages ou entreprises concernés seront interdépendants. J’estime que le premier critère — celui adopté par l’Office national de l’énergie — est le bon.

(1) Les deux façons dont un ouvrage ou une entreprise de nature locale peut relever de la compétence fédérale par l’effet de l’al. 92(10)a)

Le paragraphe 92(10) de la Constitution attribue aux provinces la compétence à l’égard des ouvrages et entreprises situés sur leur territoire. Cette attribution est faite sous réserve de l’exception suivante, énoncée à l’al. 92(10)a): «lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d’autres provinces, ou s’étendant au-delà des limites de la province». Comme les usines de traitement sont situées dans les limites de la province de la Colombie-Britannique, elles ne relèveront de la compétence fédérale que s’il est démontré qu’elles sont visées par cette exception. Ces usines ne comptent

under the exception is if they come within the residual clause: "other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province".

107 There are two ways that a work or undertaking may fall within the residual clause: *Central Western, supra*. First, the work or undertaking at issue — whether it is a railway line, hotel or processing plant — may itself be an interprovincial work or undertaking. An interprovincial pipeline is an example. Interprovincial pipelines are not mentioned specifically in s. 92(10)(a). But an interprovincial pipeline, viewed itself, is a work that connects one province to another province or provinces. Therefore, interprovincial pipelines fall within s. 92(10)(a): *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] S.C.R. 207. Second, a work or undertaking which does not itself extend beyond the province or connect the province with any other or others of the provinces may come within s. 92(10)(a) and fall under federal jurisdiction by virtue of its relationship to an interprovincial work or undertaking.

108 My colleagues Justice Iacobucci and Justice Major seem to take a different view of the two branches of *Central Western, supra*. Essentially, they say that the two ways a work or undertaking can fall within the residual clause of s. 92(10)(a) are: (1) by being part of a single integrated interprovincial work or undertaking; and, (2) by being "integral" to an interprovincial work or undertaking (see para. 45). With respect, it seems to me these amount to the same thing. Under either alternative (1) or (2), the inquiry is whether the work or undertaking is part of an integrated scheme.

109 I understand this Court's reasons in *Central Western* as distinguishing between a work or undertaking not enumerated in s. 92(10)(a) which is itself of an interprovincial nature, and a work or

pas parmi les ouvrages ou entreprises expressément désignés. Elles ne pourront être visées par cette exception que si elles relèvent de la clause résiduelle: «autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province».

Un ouvrage ou une entreprise peut relever de deux façons de la clause résiduelle: *Central Western*, précité. Premièrement, l'ouvrage ou l'entreprise en cause — qu'il s'agisse d'un chemin de fer, d'un hôtel ou d'une usine de traitement — peut être lui-même un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale. Un pipeline interprovincial en est un exemple. Les pipelines interprovinciaux ne sont pas mentionnés expressément à l'al. 92(10)a). Mais un pipeline interprovincial est en soi un ouvrage qui relie une province à une autre ou à d'autres provinces. Par conséquent, les pipelines interprovinciaux sont visés par l'al. 92(10)a): *Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207. Deuxièmement, un ouvrage ou une entreprise qui ne s'étend pas lui-même au-delà des limites de la province ou qui ne la relie pas à une ou plusieurs autres provinces peut être visé par l'al. 92(10)a) et relever de la compétence fédérale en raison de son lien avec un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale.

Mes collègues les juges Iacobucci et Major semblent avoir perçu différemment les deux volets du critère établi dans l'arrêt *Central Western*, précité. Ils affirment essentiellement que les deux manières dont un ouvrage ou une entreprise peut relever de la clause résiduelle de l'al. 92(10)a) sont les suivantes: (1) en faisant partie d'un ouvrage ou d'une entreprise unique et intégré de nature interprovinciale, (2) en faisant «partie intégrante» d'un ouvrage ou d'une entreprise de nature interprovinciale (voir le par. 45). En toute déférence, il me semble que cela revient au même. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit de décider si l'ouvrage ou l'entreprise fait partie d'un système intégré.

Selon moi, les motifs de notre Cour dans *Central Western* établissent une distinction entre un ouvrage ou une entreprise non énuméré à l'al. 92(10)a), qui est lui-même de nature interprovin-

undertaking which is not itself an interprovincial nature but which falls under federal jurisdiction because it is an integral part of an interprovincial work or undertaking. This was also the understanding of MacGuigan J. in *National Energy Board (Re)*, [1988] 2 F.C. 196 (C.A.), at p. 216 (cited with approval in *Central Western* at p. 1145) when he said:

Whatever the terminology adopted, the courts say again and again in these cases that for a work or undertaking to fall under federal jurisdiction under paragraph 92(10)(a), it must either be an interprovincial work or undertaking (the primary instance) or be joined to an interprovincial work or undertaking through a necessary nexus (the secondary instance). [Emphasis in original.]

Therefore, there are two possible situations to which the residual clause of s. 92(10)(a) may apply:

- (i) where the work or undertaking at issue is itself an interprovincial work or undertaking (primary instance); or
- (ii) where the work or undertaking at issue is functionally integrated with an interprovincial work or undertaking (secondary instance).

Considered in this way, the two branches of the *Central Western* test do not duplicate each other and provide a comprehensive test for when s. 92(10)(a) may bring a provincial work or undertaking under federal jurisdiction.

(2) Primary Instance: Are the Processing Plants Themselves Interprovincial Works or Undertakings?

Unlike shipping lines, railways, canals, telegraphs or interprovincial pipelines, the processing plants are not in themselves works connecting one province to another. The function of a processing plant is to separate, refine and produce, not to function as a means of transportation or communi-

cale, et un ouvrage ou une entreprise qui n'est pas lui-même de nature interprovinciale, mais qui relève de la compétence fédérale parce qu'il fait partie intégrante d'un ouvrage ou d'une entreprise de nature interprovinciale. C'est aussi l'interprétation que le juge MacGuigan a donnée dans l'arrêt *Office national de l'énergie (Re)*, [1988] 2 C.F. 196 (C.A.), à la p. 216 (cité et approuvé dans *Central Western*, à la p. 1145), lorsqu'il a dit ceci:

Quelque langage qu'ils adoptent, les tribunaux affirment de façon répétée dans ces décisions qu'un ouvrage ou une entreprise, pour relever de la compétence fédérale selon l'alinéa 92(10)a), doit soit constituer un ouvrage ou une entreprise interprovinciale (la catégorie des ouvrages et entreprises principales) ou être attaché à un ouvrage ou une entreprise interprovinciale entretenant avec lui ou avec elle un lien nécessaire (la catégorie des ouvrages et entreprises accessoires). [Souligné dans l'original.]

En conséquence, il y a deux situations où l'al. 92(10)a) peut s'appliquer:

- (i) si l'ouvrage ou l'entreprise en cause est lui-même un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale (première situation);
- (ii) si l'ouvrage ou l'entreprise en cause est fonctionnellement intégré à un ouvrage ou à une entreprise de nature interprovinciale (deuxième situation).

Vus sous cet angle, les deux volets du critère établi dans *Central Western* ne font pas double emploi et constituent un critère exhaustif permettant de déterminer dans quels cas un ouvrage ou une entreprise de nature provinciale peut relever de la compétence accordée au fédéral par l'al. 92(10)a).

(2) Première situation: Est-ce que les usines de traitement sont elles-mêmes des ouvrages ou entreprises de nature interprovinciale?

À la différence des lignes de navigation, chemins de fer, canaux, télégraphes ou pipelines interprovinciaux, les usines de traitement ne sont pas en elles-mêmes des ouvrages reliant une province à une autre. La fonction d'une usine de traitement est de séparer, raffiner et produire, et non pas de

cation beyond the province's boundaries. Its sole function is to process raw gas into a number of other products which are then shipped and transported throughout and beyond British Columbia by a variety of means, including trucks, rail and pipelines. The mere fact that the plants are ultimately connected to an interprovincial transportation grid does not convert them into an interprovincial means of transportation: *Central Western, supra*. It simply cannot be said that the plants themselves are interprovincial works or undertakings. Therefore, the processing plants do not fall under federal jurisdiction through the operation of the first branch of the *Central Western* test.

(3) Secondary Instance: Are the Processing Plants Functionally Integrated With an Interprovincial Work or Undertaking?

111 The second way in which a work or undertaking may come within the residual clause of s. 92(10)(a) is by being "integral to a core federal work or undertaking": *Central Western, supra*, at p. 1125. In other words, while the work or undertaking at issue is not itself of an interprovincial nature, its functional connection to an interprovincial work or undertaking may be so intimate that it may properly be considered to have an interprovincial character. At this point the local work or undertaking loses its distinct provincial character and moves from the provincial sphere into the federal sphere. This is the question at the heart of this appeal: what is required to establish that a work or undertaking, which is not itself of an interprovincial nature, is related to an interprovincial work or undertaking in such a way that the local work or undertaking moves from the provincial to the federal domain?

112 The authorities suggest that the transformation, through the operation of s. 92(10)(a), of a local work or undertaking into a federally regulated entity can only happen where the local enterprise is "essential" or "integral" to an interprovincial work

servir de moyen de transport ou de communication au-delà des limites de la province. Sa seule fonction est de transformer le gaz brut en un certain nombre d'autres produits qui sont ensuite expédiés et transportés dans toutes les régions de la Colombie-Britannique et à l'extérieur de la province par divers moyens, y compris par camion, par train et par pipeline. Le simple fait qu'une usine soit reliée à un réseau de transport interprovincial n'en fait pas un moyen de transport interprovincial: *Central Western*, précité. Il est tout simplement impossible d'affirmer que les usines elles-mêmes sont des ouvrages ou entreprises interprovinciaux. Par conséquent, les usines de traitement ne relèvent pas de la compétence fédérale en application du premier volet du critère de l'arrêt *Central Western*.

(3) Deuxième situation: Les usines de traitement sont-elles fonctionnellement intégrées à un ouvrage ou à une entreprise de nature interprovinciale?

La seconde façon dont un ouvrage ou une entreprise peut relever de la clause résiduelle de l'al. 92(10)a consiste à faire «partie intégrante d'une entreprise fédérale principale»: *Central Western*, précité, à la p. 1125. Autrement dit, bien que l'ouvrage ou l'entreprise en cause ne soit pas lui-même de nature interprovinciale, il se peut qu'il ait un lien fonctionnel si étroit avec un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale qu'il puisse à juste titre être considéré comme ayant un caractère interprovincial. L'ouvrage ou l'entreprise de nature locale perd alors son caractère provincial distinct et passe de la compétence de la province à celle du fédéral. C'est la question qui est au cœur du présent pourvoi: comment établir qu'un ouvrage ou une entreprise qui n'est pas lui-même de nature interprovinciale est relié à un ouvrage ou à une entreprise de nature interprovinciale d'une manière telle qu'il passe de la compétence de la province à celle du fédéral?

La jurisprudence tend à indiquer que la transformation, par l'effet de l'al. 92(10)a, d'un ouvrage ou d'une entreprise d'une nature locale en une entité réglementée par le gouvernement fédéral ne peut se faire que si l'entreprise locale constitue une

or undertaking. Some of the cases require common direction or operation. Still others demand dependence of the federal enterprise on the provincial work or undertaking. The difficulty lies in infusing meaning into these terms and in determining how they apply to a particular situation. In more concrete terms, what factors establish the functional integration required to bring a provincial enterprise into the realm of federal regulation?

The answer to this question lies in the framework of the Constitution and the division of powers it establishes between the federal and provincial governments. The test for a transfer of provincial regulatory power to the federal government by means of s. 92(10)(a) must conform to this constitutional framework, not deform it.

(a) *The Constitutional Framework*

The Constitution divides power over transportation and communication between the federal government and the provinces. The provinces are entitled to regulate transportation and communication within their boundaries. The federal government has jurisdiction over transportation and communication systems that transcend provincial boundaries and connect the provinces with each other or with other countries.

Section 92(10) reflects this division. It first confirms the right of the provinces to regulate works and undertakings within their boundaries. It then, through s. 92(10)(a), creates an exception for interprovincial transportation and communication — for “Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province”. The purpose of this exceptional federal power is obvious: it enables the federal government to ensure the passage of people, goods and information throughout the country and beyond.

partie «essentielle» ou «intégrante» d’un ouvrage ou d’une entreprise de nature interprovinciale. Certains précédents exigent une direction ou une exploitation communes. D’autres exigent par ailleurs que l’entreprise fédérale dépende de l’ouvrage ou de l’entreprise de nature provinciale. La difficulté tient au sens à donner à ces termes et à leur application à une situation donnée. Plus concrètement, quels sont les facteurs qui établissent l’existence de l’intégration fonctionnelle requise pour qu’une entreprise provinciale relève de la compétence fédérale?

La réponse à cette question réside dans le cadre constitutionnel et le partage des pouvoirs qui y est établi entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Le critère applicable pour transférer un pouvoir de réglementation provincial au gouvernement fédéral par l’effet de l’al. 92(10)a) doit respecter ce cadre constitutionnel et non le déformer.

a) *Le cadre constitutionnel*

La Constitution répartit le pouvoir de légiférer sur le transport et les communications entre le gouvernement fédéral et les provinces. Les provinces peuvent réglementer le transport et les communications sur leur territoire. Le gouvernement fédéral a compétence à l’égard des systèmes de transport et de communication qui s’étendent au-delà des limites des provinces et les relie entre elles ou à d’autres pays.

Le paragraphe 92(10) reflète ce partage. Il confirme d’abord le droit des provinces de réglementer les ouvrages et entreprises situés sur leur territoire. L’alinéa 92(10)a) crée ensuite une exception concernant les activités de transport et de communication interprovinciales — c’est-à-dire les «lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d’autres provinces, ou s’étendant au-delà des limites de la province». L’objet de ce pouvoir fédéral exceptionnel est évident: il permet au gouvernement fédéral d’assurer la circulation des personnes, des biens et de l’information dans toutes les régions du pays et ailleurs.

113

114

115

116 Because the federal power is exceptional, it follows that it should be extended as far as required by the purpose that animates it, and no further. To derogate from the provincial power to regulate local works and undertakings, it must be shown that derogation is necessary to enable the federal government to maintain an interprovincial transportation or communication link. As Lord Atkinson put it in rejecting a federal claim to jurisdiction under s. 92(10)(a) (*City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333 (P.C.), at p. 346):

In their Lordships' view this right and power is not necessarily incidental to the exercise by the Parliament of Canada of its undoubted jurisdiction and control over federal lines, and is therefore, they think, an unauthorized invasion of the rights of the Legislature of the Province of Quebec. [Emphasis added.]

117 This purposive reading of s. 92(10)(a) is the key to adding the necessary precision to the test for determining when power over local works or undertakings may exceptionally be transferred to the federal government. The federal power to annex jurisdiction which is essentially provincial should be strictly confined to situations where it is required to meet the purpose of the exception embodied in s. 92(10)(a). This is the philosophy that properly imbues the construction of s. 92(10)(a).

118 The recent addition of s. 92A to the Constitution confirms this purpose of s. 92(10)(a) in the context of the primary production of provincial resources. Section 92A provides that "[i]n each province, the legislature may exclusively make laws in relation to . . . (b) [the] development, conservation and management of non-renewable natural resources and forestry resources in the province, including laws in relation to the rate of primary production therefrom . . . and (c) [the] development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy". "Primary production" includes a

Ce pouvoir fédéral étant exceptionnel, il s'ensuit qu'il ne devrait être exercé que dans la mesure requise pour réaliser l'objet qui le sous-tend, et pas plus. Pour déroger au pouvoir des provinces de réglementer les ouvrages et entreprises de nature locale, il faut démontrer que cette dérogation est nécessaire pour permettre au gouvernement fédéral de maintenir un réseau de transport ou de communication interprovincial. Comme l'a dit lord Atkinson, en rejetant une revendication fédérale de compétence fondée sur l'al. 92(10)(a) (*City of Montreal c. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333 (C.P.), à la p. 346):

[TRADUCTION] De l'avis de Leurs Seigneuries, ce droit et ce pouvoir ne sont pas nécessairement incidents à l'exercice par le Parlement du Canada de sa compétence et de son autorité incontestées sur les réseaux fédéraux et ils constituent donc, dans leur esprit, une immixtion que rien n'autorise dans les droits de la législature de la province de Québec. [Je souligne.]

Cette interprétation — fondée sur l'objet visé — de l'al. 92(10)(a) est essentielle pour conférer la précision nécessaire au critère applicable pour déterminer dans quels cas le pouvoir concernant les ouvrages ou entreprises de nature locale peut être exceptionnellement transféré au gouvernement fédéral. Le pouvoir du gouvernement fédéral de s'arroger une compétence essentiellement provinciale doit être strictement limité aux situations où cela est nécessaire pour réaliser l'objet de l'exception consacrée à l'al. 92(10)(a). Voilà le principe qui doit gouverner l'interprétation de l'al. 92(10)(a).

L'ajout récent de l'art. 92A à la Constitution confirme cet objet de l'al. 92(10)(a) dans le contexte de la production primaire tirée des ressources provinciales. L'article 92A prévoit que «[l]a législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer dans les domaines suivants: [. . .] b) exploitation, conservation et gestion des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, y compris leur rythme de production primaire; c) aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique». L'expression «production

product “in the form in which it exists upon its recovery of severance from its natural state” and “a product resulting from processing or refining the [non-renewable natural] resource”. Natural gas falls within the definition of primary production, both in its processed and unprocessed state. Under s. 92A the province has exclusive power to make laws in relation to the development and management of non-renewable natural resources. It follows that the province under s. 92A has exclusive power to make laws with respect to the development of the processing plants.

In *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327, a majority of this Court held that s. 92A does not prevent the federal government from exercising its power under s. 92(10)(c) to declare a provincial work to be a work in the general interest of Canada. With respect to s. 92(10)(a), however, La Forest J., writing for himself, L’Heureux-Dubé and Gonthier JJ., doubted that it could be used to sweep facilities for the development and processing of primary resources into the federal sphere. He noted that s. 92A was enacted to respond to the insecurity felt by the provinces with respect to jurisdiction over resources — which he referred to as “one of the mainstays of provincial power” (p. 376) — and, in particular, the concern that s. 92(10)(a) might be interpreted in a way that permitted the federal government to annex power over the development and processing of resources by virtue of their connection to interprovincial and international distribution systems (at p. 378). While La Forest J. was referring to electrical power generation, his words apply to all primary resources (at pp. 377-78):

In most of the provinces . . . the generation and distribution of electrical energy is done by the same undertaking. There is an integrated and interconnected system beginning at the generating plant and extending to its ultimate destination. There was authority that indicated that even an emergency interprovincial grid system

primaire» s’entend notamment d’un produit «qui se présente sous la même forme que lors de son extraction du milieu naturel», et d’un «produit non manufacturé de la transformation, du raffinage ou de l’affinage d’une ressource [naturelle non renouvelable]». Le gaz naturel est visé par la définition de la production primaire, tant sous sa forme de produit traité qu’à l’état brut. Aux termes de l’art. 92A, la province a le pouvoir exclusif de légiférer relativement à l’exploitation et à la gestion des ressources naturelles non renouvelables. Il s’ensuit que la province a, en vertu de l’art. 92A, le pouvoir exclusif de légiférer relativement à l’aménagement des usines de traitement.

Dans *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327, notre Cour à la majorité a décidé que l’art. 92A n’empêche pas le gouvernement fédéral d’exercer le pouvoir que lui confère l’al. 92(10)(c) de déclarer qu’un ouvrage provincial est à l’avantage général du Canada. Toutefois, en ce qui concerne l’al. 92(10)(a), le juge La Forest, s’exprimant en son propre nom et en celui des juges L’Heureux-Dubé et Gonthier, a dit douter qu’il puisse être utilisé pour assujettir à la compétence fédérale les installations destinées à l’exploitation et à la transformation des ressources primaires. Il a fait remarquer que l’art. 92A a été adopté pour dissiper l’incertitude des provinces quant à leur compétence sur les ressources — qu’il a décrite comme «un des pivots de la compétence provinciale» (p. 376) — et, en particulier, la crainte que l’al. 92(10)(a) puisse être interprété comme ayant pour effet d’autoriser le gouvernement fédéral à s’arroger la compétence à l’égard de l’exploitation et de la transformation des ressources du fait de leur lien avec des réseaux de distribution interprovinciaux et internationaux (à la p. 378). Même si les propos du juge La Forest concernaient la production d’énergie électrique, ils s’appliquent aussi à toutes les ressources primaires (aux pp. 377 et 378):

Dans la plupart des provinces, [. . .] la production et la distribution d’énergie électrique se font par la même entreprise. Il existe un réseau intégré et interconnecté qui va de la centrale jusqu’à la destination finale du produit. Il y a une décision qui indique que même un réseau interprovincial d’urgence pourrait créer, entre ces instal-

might effect an interconnection between utilities sufficient to make the whole system a work connecting or extending beyond the province, and so falling within federal jurisdiction within the meaning of s. 92(10)(a). . . . There was danger, then, that at least the supply system and conceivably the whole undertaking, from production to export, could be viewed as being a federal undertaking. . . . While a number of commentators, including myself, did not share this view of the law, the result on the authorities was by no means certain.

The danger . . . lay in the possible transformation of these enterprises into purely federal undertakings by reason of their connection or extension beyond the province. Section 92A ensures the province the management . . . of the sites and facilities for the generation and production of electrical energy that might otherwise be threatened by s. 92(10)(a). [Emphasis added.]

¹²⁰ The provisions of the Constitution must be read together to create a harmonious whole. Reading s. 92(10)(a) together with s. 92A in a purposive way leaves no doubt that the federal government cannot reach back to control the development and production of primary resources under the guise of the federal power to regulate interprovincial and international transportation and communication.

¹²¹ In summary, the Constitution is clear. The provinces have the right to control works and undertakings within their boundaries, including facilities related to the production of resources. Exceptionally, and only to the extent required to maintain interprovincial transportation and communication networks, the federal government, through s. 92(10)(a), has the power to regulate provincial works and undertakings. This interpretation is strengthened and confirmed by s. 92A.

(b) *The Jurisprudence*

¹²² The jurisprudence on when a local work may be brought under federal jurisdiction by virtue of its

lations, une interconnexion suffisante pour faire de l'ensemble du réseau un ouvrage reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province, et le faire ainsi relever de la compétence fédérale au sens de l'al. 92(10)(a) [. . .] Il existait alors un risque qu'au moins le réseau d'approvisionnement, et voire même peut-être bien toute l'entreprise, depuis la production jusqu'à l'exportation, soit considéré comme une entreprise fédérale. [. . .] Bien qu'un certain nombre d'auteurs, y compris moi-même, n'aient pas partagé cette conception du droit, le résultat sur la jurisprudence était loin d'être certain.

Ce danger résidait [. . .] dans la possibilité que ces entreprises deviennent des entreprises purement fédérales du fait de leur raccordement ou de leur extension au-delà des limites de la province. L'article 92A garantit à la province la gestion des emplacements et des installations destinés à la production d'énergie électrique [. . .] qui pourraient par ailleurs être menacés par l'al. 92(10)(a). [Je souligne.]

Les dispositions de la Constitution doivent s'interpréter conjointement de manière à créer un tout harmonieux. Si on interprète l'al. 92(10)(a) conjointement avec l'art. 92A, en fonction de leur objet, il ne subsiste aucun doute que le gouvernement fédéral ne peut pas invoquer son pouvoir de réglementer les activités de transport et de communication interprovinciales et internationales pour avoir autorité sur l'exploitation des ressources primaires et la production qui en est tirée.

En résumé, la Constitution est claire. Ce sont les provinces qui ont l'autorité sur les ouvrages et entreprises situés sur leur territoire, y compris les installations liées à la production tirée des ressources. À titre exceptionnel, et seulement dans la mesure requise pour maintenir des réseaux de transport et de communication interprovinciaux, le gouvernement fédéral est investi par l'al. 92(10)(a) du pouvoir de réglementer des ouvrages et entreprises de nature provinciale. Cette interprétation est renforcée et confirmée par l'art. 92A.

b) *La jurisprudence*

La jurisprudence concernant les cas où un ouvrage de nature locale peut relever de la compé-

relationship to an interprovincial work or undertaking reflects the exceptional nature of s. 92(10)(a) and the narrow purpose that animates it — to enable the federal government to maintain interprovincial and international routes of transportation and communication. The cases disclose a concern that if the test is drawn too broadly, a host of provincial works and undertakings may be subsumed into the federal sphere in a way that undermines the basic division of powers between the federal government and the provinces.

The test which emanates from recent decisions is that of “functional integration”: *Central Western*, *supra*, per Dickson C.J. at p. 1146. What is meant by functional integration is clarified in the course of Dickson C.J.’s reasons in *Central Western*. It is more than “a unified system which is widespread and important” (p. 1144, citing Lord Reid in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122 (P.C.), at p. 140 (the *Empress Hotel* case)). And it is “something more than physical connection and a mutually beneficial commercial relationship” (p. 1147).

The additional element required to establish the degree of functional integration necessary to bring a local work or undertaking under federal jurisdiction through s. 92(10)(a) emerges from cases such as *Empress Hotel* and *Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 322. The local work or undertaking must, by virtue of its relationship to the interprovincial work or undertaking, essentially function as part of the interprovincial entity and lose its distinct character. In the context of an interprovincial transportation or communication entity, to be functionally integrated, the local work or undertaking, viewed from the perspective of its normal day-to-day activities, must be of an interprovincial nature — that is, be what might be referred to as an “inter-connecting undertaking”: see *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541 (P.C.), at p. 582. If the dominant character of the local work or undertaking, viewed functionally, is something

tence fédérale en raison de son lien avec un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale reflète le caractère exceptionnel de l’al. 92(10)(a) et l’objet restreint qui le sous-tend — permettre au gouvernement fédéral de maintenir des réseaux de transport et de communication interprovinciaux et internationaux. Cette jurisprudence révèle l’existence d’une crainte que, si un critère trop large est adopté, une multitude d’ouvrages et d’entreprises de nature provinciale pourraient être soumis à la compétence fédérale d’une manière qui minerait le partage fondamental des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces.

Le critère qui se dégage de la jurisprudence récente est celui de l’«intégration fonctionnelle»: *Central Western*, précité, le juge en chef Dickson, aux pp. 1146 et 1147. Le Juge en chef clarifie le sens de cette expression dans les motifs qu’il a rédigés dans cette affaire. C’est plus qu’«un réseau unifié, étendu et important» (p. 1144, où il cite lord Reid dans l’arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122 (C.P.), à la p. 140 (l’arrêt *Empress Hotel*)). Et il faut «davantage que l’existence d’un lien matériel et des relations commerciales mutuellement avantageuses» (p. 1147).

L’élément supplémentaire requis pour établir le degré d’intégration fonctionnelle nécessaire pour qu’un ouvrage ou une entreprise de nature locale relève de la compétence fédérale par l’effet de l’al. 92(10)(a) se dégage d’arrêts tels que *Empress Hotel* et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 322. L’ouvrage ou l’entreprise de nature locale doit, en raison de son lien avec l’ouvrage ou l’entreprise de nature interprovinciale, être essentiellement exploité en tant que partie de l’entité interprovinciale et perdre son caractère distinct. Dans le cas d’une entreprise de transport ou de communication interprovinciale, l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale doit, pour être fonctionnellement intégré, être de nature interprovinciale du point de vue de ses activités quotidiennes normales — c’est-à-dire constituer ce qu’on pourrait appeler une «entreprise interprovinciale ou internationale»: voir *Attorney-General for Ontario*

123

124

distinct from interprovincial transportation or communication, it remains under provincial jurisdiction. Functional integration in this sense — where the constituent parts lose their separate identities — requires more than a demonstration that the provincial work functions as part of a “unified system” in which the constituent parts of the system retain their identities. In the former case, the local work or undertaking is captured by the federal net; in the latter it is not.

125

While different decisions have emphasized different factors, most readily fit into this conceptual framework. The cases upholding a transfer to federal jurisdiction evidence a degree of integration sufficient to make the local work or undertaking a mere adjunct of the interprovincial transportation or communications entity. By contrast, those confirming provincial jurisdiction tend to be cases where the local work or undertaking, while connected to or associated with the federal work or undertaking in important ways, retained its own distinct character separate and apart from the business of interprovincial transportation or communication.

126

This distinction — functional integration versus maintenance of a distinct character — conforms to the division of powers ordained by the Constitution. Logic and policy suggest that if the relationship between the local work or undertaking and the federal entity is such that the dominant character of the local work or undertaking is that of interprovincial transportation or communication, then the local work or undertaking should be treated as an adjunct of the interprovincial transportation or communication system and fall under federal jurisdiction. On the other hand, if the dominant character of the provincial work or undertaking remains something other than, and distinct from, interprovincial transportation or communication, the

c. Winner, [1954] A.C. 541 (C.P.), à la p. 582. Si l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale a, sur le plan de son fonctionnement, un caractère dominant différent du transport interprovincial ou des communications interprovinciales, cet ouvrage ou cette entreprise continue de relever de la compétence provinciale. L’intégration fonctionnelle dans ce sens — lorsque les éléments constitutifs perdent leur identité propre — exige plus que la démonstration que l’ouvrage provincial fait partie d’un «réseau unifié» dont les éléments constitutifs conservent leur identité. Dans le premier cas, l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale relève de la compétence fédérale, dans le second, il n’en relève pas.

Bien que diverses décisions aient mis l’accent sur des facteurs différents, la plupart respectent assez facilement ce cadre conceptuel. Dans les affaires où la compétence fédérale a été reconnue, les tribunaux ont constaté un degré d’intégration suffisant pour faire de l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale une simple partie accessoire de l’entreprise de transport ou de communication interprovinciale. Par contre, les décisions où la compétence provinciale a été confirmée tendent à être des affaires où l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale, tout en étant lié ou associé à l’ouvrage ou à l’entreprise de nature fédérale sous d’importants aspects, avaient conservé son caractère distinct vis-à-vis de celui de l’entreprise de transport ou de communication interprovinciale.

Cette distinction — entre intégration fonctionnelle et maintien d’un caractère distinct — respecte le partage des pouvoirs prescrit par la Constitution. La logique et des raisons de principe portent à croire que si le lien entre l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale et l’entité fédérale est tel que le caractère dominant de l’ouvrage ou de l’entreprise de nature locale est le transport interprovincial ou les communications interprovinciales, l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale doit alors être considéré comme une partie accessoire du réseau de transport ou de communication interprovincial et relever de la compétence fédérale. En revanche, si le caractère dominant de l’ouvrage ou de l’entreprise de nature provinciale con-

work or undertaking should remain under provincial jurisdiction.

In determining whether a local work or undertaking is functionally integral to a federal interprovincial transportation or communications entity, the court must examine the substance of the activity being carried on: *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada (No. 1)*, [1980] 1 S.C.R. 115, at p. 132. As Dickson C.J. stated (for the majority) in *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225 (hereinafter *A.G.T. v. C.R.T.C.*), at pp. 257-58, "the crucial issue in any particular case is the nature or character of the undertaking that is in fact being carried on". "Character of the undertaking" refers to the character of the normal or habitual activities of the local work or undertaking: *Northern Telecom No. 1*, at p. 132. The suggested procedure is to identify the core federal work or undertaking to which the local entity is said to be integral, then examine the physical and operational character of the provincial work or undertaking, and its practical or functional relationship to the core operation or character of the federal work or undertaking: see, e.g., *Northern Telecom No. 1*, at pp. 132-33; and *Central Western, supra*, at pp. 1119 and 1140.

There is no simple litmus test, like common control or dependency. The test is the more subtle but flexible one of functional integration: see *Central Western, supra*, at p. 1147. To determine whether the dominant character of the provincial work or undertaking is interprovincial transportation or communication requires careful evaluation of the operations of the provincial work or undertaking in the context of its relationship to the federal work or undertaking and the industry as a whole.

tinue d'être autre chose que le transport interprovincial ou les communications interprovinciales et d'en être distinct, cet ouvrage ou cette entreprise doit continuer de relever de la compétence provinciale.

Pour décider si un ouvrage ou une entreprise de nature locale est fonctionnellement intégré à une entreprise de transport ou de communication interprovinciale fédérale, le tribunal doit examiner la substance de l'activité exercée: *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada (n° 1)*, [1980] 1 R.C.S. 115, à la p. 132. Comme l'a dit le juge en chef Dickson (au nom des juges majoritaires) dans *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225 (ci-après *A.G.T. c. C.R.T.C.*), aux pp. 257 et 258, «la question essentielle dans tous les cas concerne la nature ou le caractère de l'entreprise qui est en fait exploitée». L'expression «caractère de l'entreprise» s'entend du caractère des activités normales ou habituelles de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature locale: *Northern Telecom n° 1*, à la p. 132. La méthode proposée consiste à identifier l'ouvrage principal ou l'entreprise principale de nature fédérale dont on dit que l'entité locale fait partie intégrante, puis à examiner le caractère matériel et opérationnel de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature provinciale, ainsi que son lien pratique ou fonctionnel avec l'activité principale ou le caractère principal de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature fédérale: voir, par exemple, les arrêts *Northern Telecom n° 1*, aux pp. 132 et 133, et *Central Western, précité*, aux pp. 1119 et 1140.

Il n'y a pas de critère simple et décisif comme celui du contrôle commun ou de la dépendance. Le critère applicable est celui plus subtil mais souple de l'intégration fonctionnelle: voir *Central Western, précité*, à la p. 1147. Pour décider si le caractère dominant de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature provinciale est le transport interprovincial ou les communications interprovinciales, il faut évaluer soigneusement ses activités dans le contexte de son lien avec l'ouvrage ou l'entreprise de nature fédérale et avec l'industrie dans son ensemble.

127

128

129

It may be easier to prove that the dominant character of a provincial work or undertaking is interprovincial in some cases than others. If the provincial work or undertaking is itself a transportation or communications company, the first step of showing that the dominant character of the work or undertaking is of a transportation or communications nature is established. All that remains is to show that the operations of the local work or undertaking, viewed in the context of its relationship to the interprovincial transportation or communications entity, bear a predominant interprovincial stamp. The test may most easily be met where telecommunication services are at issue. The instantaneous and borderless nature that characterizes telecommunication and the scope and complexity of the cooperative arrangements between companies may make it difficult to distinguish between a provincial communications enterprise and the federal enterprise of which it forms part. At this point the distinct provincial identity of the communications carrier effectively vanishes, leading to the conclusion that, viewed functionally and realistically, it has assumed the character of an interprovincial communications undertaking: see, e.g., *City of Toronto v. Bell Telephone Company of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.) (local telephone services); *A.G.T. v. C.R.T.C.*, *supra*, *Northern Telecom No. 1*, *supra*; and *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada (No. 2)*, [1983] 1 S.C.R. 733 (telephone installation services).

130

Where works and undertakings are not of a telecommunication nature, the test may be more difficult to meet. Unlike telecommunication systems, works or undertakings such as railways or pipelines may be physically contained in a province. As stated by Dickson C.J. in *Central Western*, *supra*, at p. 1146, where pipelines or railways are under consideration "spatial boundaries limit the range of the business' operations, something which can less easily be said with regard to broadcasting systems, where territorial boundaries are not

Il est peut-être plus facile, dans certains cas que dans d'autres, de prouver qu'un ouvrage ou une entreprise de nature provinciale est, de par son caractère dominant, une entité interprovinciale. Si l'ouvrage ou l'entreprise de nature provinciale est lui-même une société de transport ou de communication, la première étape consistant à démontrer que son caractère dominant est le transport ou les communications est alors franchie. Il ne reste plus qu'à prouver que les activités de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature locale, considérées dans le contexte de leur lien avec l'entreprise de transport ou de communication interprovinciale, revêtent un caractère interprovincial prédominant. C'est lorsque des services de télécommunications sont en cause qu'il est peut-être le plus facile de satisfaire au critère. Du fait que les télécommunications sont, par nature, instantanées et ne connaissent pas de frontières, et en raison de la portée et de la complexité des accords de coopération entre les sociétés dans le domaine, il est difficile de distinguer une entreprise de communication provinciale de l'entreprise fédérale dont elle fait partie. L'identité provinciale distincte de l'entreprise de communication disparaît alors effectivement, ce qui amène à conclure que, considérée sur les plans fonctionnel et pratique, elle a pris le caractère d'une entreprise de communication interprovinciale: voir, par exemple, les arrêts *City of Toronto c. Bell Telephone Company of Canada*, [1905] A.C. 52 (C.P.) (services téléphoniques locaux); *A.G.T. c. C.R.T.C.*, précité; *Northern Telecom n° 1*, précité, et *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada (n° 2)*, [1983] 1 R.C.S. 733 (services d'installation de matériel téléphonique).

Si les ouvrages et entreprises en cause ne participent pas des télécommunications, il peut être plus difficile de satisfaire au critère. Contrairement aux réseaux de télécommunications, des ouvrages et entreprises tels que les chemins de fer ou les pipelines peuvent être situés à l'intérieur des limites d'une province. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Central Western*, précité, à la p. 1146, lorsqu'il s'agit de pipelines ou de chemins de fer, «l'exploitation de l'entreprise se fait à l'intérieur de certaines limites géogra-

extremely critical to the nature of the enterprise". For this reason, cooperative arrangements between provincial transporters and federal transporters do not suffice to transform the provincial transporters into interprovincial works or undertakings: see, e.g., *Montreal Street Railway, supra*; *British Columbia Electric Railway Co. v. Canadian National Railway Co.*, [1932] S.C.R. 161; *Kootenay & Elk Railway Co. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1974] S.C.R. 955; and *Central Western, supra*. A similar point may be made with respect to pipelines: see *National Energy Board (Re), supra*.

The cases most helpful in resolving this appeal are *Empress Hotel, supra*, and *Nor-Min, supra*. These cases are similar to this case in that: (1) the local work or undertaking at issue was not itself of a transportation or communications nature; (2) the local work or undertaking and the federal railway undertaking which was alleged to bring the local work or undertaking within federal jurisdiction were owned by the same company, and in *Empress Hotel*, managed by the same company; and, (3) unlike the broadcasting and telecommunications cases, the operation of the local work or undertaking was spatially limited by the boundaries of the province.

In *Empress Hotel, supra*, the issue was whether a hotel built, owned and operated by a federal railway fell under federal jurisdiction. The Judicial Committee of the Privy Council held that it did not. Their lordships allowed that had the federal railway operated the hotel solely or principally for its railway travellers, it might have been considered part of the interprovincial railway undertaking. However, the hotel was not operated as a mere adjunct of the railway undertaking. It was a hotel much like any other hotel. There was "little, if anything, . . . to distinguish it from an independently

phiques, ce qui est moins facilement soutenable à l'égard de réseaux de radiodiffusion, pour lesquels les frontières territoriales ne sont pas vraiment déterminantes quant à la nature de l'entreprise». Voilà pourquoi les accords de coopération entre des entreprises de transport provinciales et des entreprises de transport fédérales ne sont pas suffisants pour transformer les premières en ouvrages ou entreprises de nature interprovinciale: voir, par exemple, les arrêts *Montreal Street Railway, précité*, *British Columbia Electric Railway Co. c. Canadian National Railway Co.*, [1932] R.C.S. 161, *Kootenay & Elk Railway Co. c. Compagnie du Chemin de Fer Canadien du Pacifique*, [1974] R.C.S. 955, et *Central Western, précité*. Une remarque similaire peut être faite au sujet des pipelines: voir *Office national de l'énergie (Re), précité*.

Les précédents les plus utiles pour trancher le présent pourvoi sont les arrêts *Empress Hotel* et *Nor-Min, précités*. Ils sont semblables à la présente affaire sous trois rapports: (1) l'ouvrage ou l'entreprise de nature locale en cause n'était pas lui-même une entreprise de transport ou de communication; (2) l'ouvrage ou l'entreprise de nature locale et l'entreprise de chemin de fer fédérale qui, alléguait-on, faisait relever le premier de la compétence fédérale appartenaient à la même société et, dans l'affaire *Empress Hotel*, étaient gérés par la même société; (3) contrairement aux affaires où il était question de radiodiffusion et de télécommunications, l'exploitation de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature locale se faisait uniquement à l'intérieur des limites géographiques de la province.

Dans l'affaire *Empress Hotel, précitée*, la question était de savoir si un hôtel construit, possédé et géré par une compagnie de chemins de fer relevait de la compétence fédérale. Le Comité judiciaire du Conseil privé a conclu par la négative. Leurs Seigneuries ont reconnu que si le chemin de fer fédéral avait exploité l'hôtel seulement ou principalement pour le bénéfice des voyageurs utilisant son réseau, cet hôtel aurait pu être considéré comme faisant partie de l'entreprise ferroviaire interprovinciale. Toutefois, l'hôtel n'était pas exploité en tant que simple partie accessoire de l'entreprise

131

132

owned hotel in a similar position” (p. 144). The fact that the railway and hotel businesses helped each other did not change the matter. In other words, judged by its day-to-day activities, the dominant character of the hotel was not that of interprovincial transportation. Its distinct character prevented it from being swept into the federal sphere.

133

I see no distinction between the *Empress Hotel* case and the case at bar. Both *Empress Hotel* and this case involve local works or undertakings not themselves engaged in interprovincial transportation or communication. In both cases, common management and ownership are present. In both cases, the local work or undertaking, while having strong cooperative and economic ties with the federal transportation undertaking, retains a distinct non-transportation identity. Just as the *Empress Hotel* functioned much as any other hotel in the province, so the processing plants will function like other gas processing plants in British Columbia and in other provinces.

134

The decision of this Court in *Nor-Min, supra*, is based on similar reasoning. The issue in *Nor-Min* was whether a quarry owned by an interprovincial railway and used exclusively to provide gravel for use as ballast for the railway’s tracks fell under federal jurisdiction through the application of s. 92(10)(a). This Court held that it did not. Again, despite the economic relationship between the quarry and the railway, as well as common ownership and management, the character of the quarry, viewed realistically and substantively, was distinct from that of interprovincial transportation. The quarry possessed its own distinct function and identity. Thus, there was no functional integration between the quarry and the interprovincial railway undertaking. The Court concluded (at p. 333):

ferroviaire. C’était essentiellement un hôtel comme tous les autres hôtels. Il y avait [TRADUCTION] «peu de choses, si tant est qu’il y en a [avait], le distingu[ant] d’un hôtel indépendant» (p. 144). Cela ne faisait aucune différence que les entreprises ferroviaire et hôtelière s’entraident. Autrement dit, à la lumière de ses activités quotidiennes, le caractère dominant de l’hôtel n’était pas le transport interprovincial. Son caractère distinct l’empêchait de relever de la compétence fédérale.

Je ne vois aucune différence entre l’arrêt *Empress Hotel* et la présente affaire. Il est question, dans les deux cas, d’ouvrages ou d’entreprises de nature locale qui n’exercent pas eux-mêmes des activités de transport ou de communication interprovinciales. Dans l’un et l’autre cas, il y a un propriétaire unique et une gestion commune. Dans l’un et l’autre cas, même s’il a de solides liens économiques et rapports de coopération avec l’entreprise de transport fédérale, l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale en cause conserve une identité propre, qui n’est pas le transport. À l’instar de l’hôtel *Empress*, qui était dans une large mesure exploité comme tous les autres hôtels de la province, les usines de traitement seront exploitées comme les autres usines de traitement du gaz en Colombie-Britannique ou dans d’autres provinces.

L’arrêt *Nor-Min*, précité, de notre Cour repose sur un raisonnement analogue. Il s’agissait, dans cette affaire, de décider si une carrière qui appartenait à un chemin de fer interprovincial et était exclusivement consacrée à l’approvisionnement en gravier destiné à servir de ballast pour sa voie ferrée relevait de la compétence fédérale par l’effet de l’al. 92(10)(a). Notre Cour a répondu par la négative. Encore une fois, malgré l’existence du lien économique entre la carrière et le chemin de fer, et le fait qu’il y avait un propriétaire unique et une gestion commune, le caractère de la carrière, considéré d’un point de vue pratique et substantiel, n’était pas le transport interprovincial. La carrière avait une fonction et une identité propres. Il n’y avait donc pas d’intégration fonctionnelle entre la carrière et l’entreprise ferroviaire interprovinciale. La Cour a tiré la conclusion suivante (à la p. 333):

The mere economic tie-up between the C.N.R.'s quarry and the use of the crushed rock for railway line ballast does not make the quarry a part of the transportation enterprise in the same sense as railway sheds or switching stations are part of that enterprise. The exclusive devotion of the output of the quarry to railway uses feeds the convenience of the C.N.R., as would any other economic relationship for supply of fuel or materials or rolling stock, but this does not make the fuel refineries or depots or the factories which produce the materials or the rolling stock parts of the transportation system. [Emphasis added.]

As with *Empress Hotel*, *supra*, it is difficult to distinguish *Nor-Min* from the case at bar. Indeed, the case for federal jurisdiction was stronger in *Nor-Min* than in this case, since the entire output of the quarry was devoted to the interprovincial railway enterprise. Despite this, and despite common ownership, the quarry remained within provincial jurisdiction.

(c) *The Underlying Factors*

Having set out the constitutional framework and basic test suggested by the jurisprudence, I turn to the factors cited in support of federal jurisdiction. The Federal Court of Appeal proposed a test based on interconnection and interdependence, stressing the common management of the pipeline and the processing plants, and the common gas distribution network they share. Without suggesting that these considerations may not be relevant in determining whether the dominant functional character of a work or undertaking is of a federal, i.e., interprovincial, nature, in my respectful opinion, "relevant" is the most that can be said of them.

I turn first to the argument based on common management. It is argued that where the local work or undertaking and the interprovincial work or undertaking are operated in common as a single enterprise, the local enterprise is brought into the federal sphere through the operation of s. 92(10)(a). While this Court has alluded *en passant*

Le simple lien économique entre la carrière du C.N. et l'utilisation de la pierre concassée pour le ballast de la ligne de chemin de fer ne font pas de la carrière un élément de l'entreprise de transport au sens où les hangars de chemin de fer ou les gares de triage en font partie. Le fait que la production de la carrière soit destinée exclusivement au chemin de fer convient au C.N., comme le ferait n'importe quelle autre relation économique pour l'approvisionnement en carburant, en équipement ou en matériel roulant, mais ceci ne fait pas entrer les raffineries de pétrole, les entrepôts ou les usines qui fabriquent l'équipement ou le matériel roulant dans le réseau de transport. [Je souligne.]

Comme dans le cas de l'arrêt *Empress*, précité, il est difficile d'établir une distinction entre l'arrêt *Nor-Min* et la présente affaire. En fait, il y avait davantage lieu de conclure à la compétence fédérale dans *Nor-Min* que dans la présente affaire, étant donné que toute la production de la carrière était consacrée à l'entreprise ferroviaire interprovinciale. En dépit de cela, et malgré l'existence d'un propriétaire unique, la carrière a continué de relever de la compétence provinciale.

c) *Les facteurs sous-jacents*

Après avoir exposé le cadre constitutionnel et le critère fondamental proposé par la jurisprudence, j'aborde maintenant les facteurs invoqués au soutien de la thèse de la compétence fédérale. La Cour d'appel fédérale a proposé un critère basé sur l'existence d'un lien et d'une interdépendance, en soulignant la gestion commune du pipeline et des usines de traitement ainsi que l'existence du réseau de distribution du gaz qu'ils partagent. Sans affirmer que ces facteurs ne sont peut-être pas pertinents pour déterminer si le caractère fonctionnel dominant d'un ouvrage ou d'une entreprise est de nature fédérale, c'est-à-dire interprovinciale, j'estime que l'on peut tout au plus dire qu'ils sont «pertinents».

Je vais d'abord étudier l'argument fondé sur l'existence d'une gestion commune. On soutient que, lorsque l'ouvrage ou l'entreprise de nature locale et l'ouvrage ou l'entreprise de nature interprovinciale sont exploités en commun en tant qu'entreprise unique, l'entreprise locale relève de la compétence fédérale par l'effet de l'al. 92(10)a).

135

136

137

to common management as a factor, there are few examples of cases actually turning on this factor. In *Luscar Collieries, Ltd. v. McDonald*, [1927] A.C. 925, the Privy Council, in ambiguous reasons, held a short branch railway, wholly located within Alberta but operated by an interprovincial railway under a management agreement, was part of the interprovincial railway undertaking. The case is of dubious authority; it has since been held that physical connection and cooperatively organized through-traffic does not suffice to bring a branch railway line under federal jurisdiction: see, *British Columbia Electric Railway, supra*; and *Central Western, supra*. However, the Court in another case sometimes cited for the common management theory, *The Queen v. Board of Transport Commissioners*, [1968] S.C.R. 118 (the *GO Train* case), suggested that *Luscar* might be explained by the existence of common management (at p. 128). In *GO Train*, this Court held the *GO Train*, which was to be operated only within Ontario, to use the tracks of an interprovincial railway, and to be operated by the interprovincial railway crews under an agency agreement with the province of Ontario, fell under federal jurisdiction. The rationale underlying the *GO Train* case cannot be one of common management, since the *GO Train* was not to be managed by the interprovincial railway on its own behalf, but as agent for the provincial government.

Bien que notre Cour ait fait allusion, en passant, à la gestion commune comme étant un facteur, il y a peu d'exemples d'affaires dont l'issue dépendait réellement de ce facteur. Dans *Luscar Collieries, Ltd. c. McDonald*, [1927] A.C. 925, le Conseil privé a statué, dans des motifs ambigus, qu'un embranchement ferroviaire situé entièrement en Alberta, mais exploité par un chemin de fer interprovincial en vertu d'un accord de gestion, faisait partie de l'entreprise ferroviaire interprovinciale. Il est douteux que cet arrêt fasse autorité; il a été décidé, depuis lors, qu'un lien matériel et la coopération dans la gestion de la circulation en transit ne suffisent pas pour assujettir un embranchement ferroviaire à la compétence fédérale: voir les arrêts *British Columbia Electric Railway* et *Central Western*, précités. Toutefois, dans un autre arrêt parfois cité à l'appui de la thèse de la gestion commune, *The Queen c. Board of Transport Commissioners*, [1968] R.C.S. 118 (l'affaire du *GO Train*), la Cour a dit que l'arrêt *Luscar* pourrait s'expliquer par l'existence de la gestion commune (à la p. 128). Dans l'affaire du *GO Train*, notre Cour a décidé que le *GO Train* qui devait être exploité seulement en Ontario, qui devait utiliser les voies ferrées d'un chemin de fer interprovincial et qui devait être conduit par des équipes du chemin de fer interprovincial, en vertu d'un mandat accordé par la province d'Ontario, relevait de la compétence fédérale. L'affaire du *GO Train* ne saurait reposer sur la thèse de la gestion commune, puisque le *GO Train* devait être géré par le chemin de fer interprovincial non pas pour son propre compte, mais à titre de mandataire du gouvernement de la province.

138

While common management may be a factor to be considered, it can only transfer a local work or undertaking from provincial to federal authority when it causes the local work or undertaking to lose its distinct character and merge with the interprovincial entity. Viewed thus, the common management factor dovetails with the test of dominant character set out above. In the context of interprovincial transportation, where the dominant character of the local work or undertaking remains distinct from interprovincial transportation, it remains under provincial jurisdiction, despite man-

Bien que la gestion commune puisse être un facteur à prendre en considération, elle ne peut faire passer de la compétence de la province à celle du fédéral un ouvrage ou une entreprise de nature locale que si elle lui fait perdre son caractère distinct et si elle a pour effet de le fusionner avec l'entité interprovinciale. Sous cet éclairage, le facteur de la gestion commune concorde avec le critère du caractère dominant énoncé précédemment. Dans le contexte du transport interprovincial, lorsque le caractère dominant de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature locale demeure distinct du trans-

agement and cooperative connections with the interprovincial transportation entity.

Common ownership and coordination are also put forward as factors indicative of federal jurisdiction. A single company may own both interprovincial and local works or undertakings and coordinate their activities. The simple existence of common ownership and coordination is not enough to sweep a provincial work or undertaking into the federal regulatory net. *Empress Hotel, supra*, and *Nor-Min, supra*, establish that a further inquiry must be made: are the two enterprises fully integrated and managed as a single enterprise with the result that the provincial work or undertaking, viewed functionally and substantively, loses its distinct identity and becomes an adjunct of the interprovincial transportation undertaking? In both *Empress Hotel* and *Nor-Min* there was common ownership, as well as some degree of coordination between the local enterprise and the interprovincial enterprise. But these factors were not enough to shift regulatory power over the local enterprise from the province to the federal government because the distinct non-interprovincial identities of the local enterprises persisted. The results in *Empress Hotel* and *Nor-Min* emphasize that it is the substance, not the form, that determines the jurisdictional issue. As this Court warned in *A.G.T. v. C.R.T.C., supra*, at p. 263:

Underlying many of the arguments is an unjustified assumption that by choosing a particular corporate form the various players can control the determination of the constitutional issue. This Court has made it clear in this area of constitutional law that the reality of the situation is determinative, not the commercial costume worn by the entities involved. [Emphasis added.]

port interprovincial, cet ouvrage ou cette entreprise continue de relever de la compétence provinciale, malgré ses liens avec l'entreprise de transport interprovincial sur le plan de la gestion et de la coopération.

On avance également que la coordination des activités et la présence d'un propriétaire unique sont des indices de compétence fédérale. Une entreprise unique peut posséder à la fois des ouvrages ou entreprises de nature interprovinciale et des ouvrages ou entreprises de nature locale et en coordonner les activités. Le simple fait qu'il y ait un propriétaire unique et coordination des activités est insuffisant pour qu'un ouvrage ou une entreprise de nature provinciale relève du pouvoir de réglementation du fédéral. Selon les arrêts *Empress Hotel* et *Nor-Min*, précités, il faut se poser une autre question: les deux entreprises sont-elles complètement intégrées et gérées en tant qu'entreprise unique, de sorte que l'ouvrage ou l'entreprise de nature provinciale, considéré sur les plans fonctionnel et substantiel, perd son caractère propre et devient une partie accessoire de l'entreprise de transport interprovinciale? Tant dans *Empress Hotel* que dans *Nor-Min* l'entreprise locale et l'entreprise interprovinciale avaient le même propriétaire, et il y avait un certain degré de coordination entre les deux entreprises. Mais ces facteurs ont été insuffisants pour transférer, de la province au gouvernement fédéral, le pouvoir de réglementer l'entreprise locale, parce que, dans les deux affaires, celle-ci avait conservé son identité propre, distincte de celle d'une entreprise interprovinciale. L'issue des arrêts *Empress Hotel* et *Nor-Min* fait ressortir que c'est la substance et non la forme qui est déterminante en ce qui concerne la question de la compétence. Notre Cour a fait la mise en garde suivante dans l'arrêt *A.G.T. c. C.R.T.C.*, précité, à la p. 263:

À la base de plusieurs arguments se trouve l'hypothèse injustifiée selon laquelle en choisissant une forme particulière de constitution en personne morale les divers intervenants sont en mesure de prévoir la réponse à la question constitutionnelle. La Cour a clairement affirmé dans ce domaine du droit constitutionnel que ce sont les faits de l'espèce qui sont déterminants et non la structure commerciale que revêtent les entités visées. [Je souligne.]

140 I turn next to the argument based on dependency. Like common management, dependency may be a factor in determining whether the local work or undertaking has lost its distinct identity and essentially functions as a fully integrated adjunct of the interprovincial enterprise. However, as with the factors previously considered, dependency is not the ultimate test.

141 To be relevant at all, the dependency must be permanent: *Northern Telecom No.1*, *supra*, at p. 132. It is also clear that dependency of the local work or undertaking on the interprovincial enterprise is immaterial: see *Central Western*, *supra*; *National Energy Board (Re)*, *supra*; and *In re Cannel Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 F.C. 174 (C.A.), at p. 177-78. Dependency is relevant only where the interprovincial work or undertaking is dependent on the local enterprise in the sense that the latter is essential to the interprovincial enterprise's delivery of services.

142 Thus, in *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529, the fact that the interprovincial shipping undertaking was "entirely dependent" (to use the wording of Taschereau J. (as he then was), at p. 543) on the stevedoring enterprise supported the conclusion that the stevedoring was "part and parcel" (as found by Kerwin C.J., at p. 537) of the interprovincial shipping enterprise. Similarly, in *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178, Ritchie J., for the Court, found that the work of a private company delivering mail under contract to the post office was "essential" to the post office's functioning (at p. 183). He did not stop there, however. He went on to conclude, at p. 186, that the company was "an integral part of the effective operation of the Post Office". This supports the view that the ultimate test is whether, viewed realistically and functionally from the point of view of dominant character, the local entity's connection to an interprovincial transportation or communications enter-

Je passe maintenant à l'argument fondé sur la dépendance. À l'instar de la gestion commune, la dépendance peut entrer en ligne de compte pour décider si l'ouvrage ou l'entreprise de nature locale a perdu son identité propre et est essentiellement exploité en tant que partie accessoire complètement intégrée à l'entreprise interprovinciale. Toutefois, tout comme les autres facteurs étudiés précédemment, la dépendance n'est pas le critère décisif.

Pour avoir quelque pertinence que ce soit, la dépendance doit être permanente: *Northern Telecom n° 1*, précité, à la p. 132. Il est également clair que la dépendance de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature locale à l'égard de l'entreprise interprovinciale n'est pas pertinente: voir les arrêts *Central Western* et *Office national de l'énergie (Re)*, précités, de même qu'*In re Cannel Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 C.F. 174 (C.A.), aux pp. 177 et 178. La dépendance n'est pertinente que dans les cas où l'ouvrage ou l'entreprise de nature interprovinciale dépend de l'entreprise locale en ce sens que cette dernière est essentielle à la prestation des services de l'entreprise interprovinciale.

Ainsi, dans *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529, le fait que l'entreprise de transport maritime interprovinciale était [TRADUCTION] «entièrement dépendante» (pour reprendre la formule employée par le juge Taschereau (plus tard Juge en chef), à la p. 543) de l'entreprise de débardage étayait la conclusion que cette dernière activité faisait [TRADUCTION] «partie intégrante» (selon la conclusion du juge en chef Kerwin, à la p. 537) de l'entreprise de transport maritime interprovinciale. De même, dans *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178, le juge Ritchie a statué, au nom de la Cour, que le travail exécuté par la compagnie privée qui assurait la distribution du courrier à titre de sous-traitant des postes canadiennes était «essentiel» au fonctionnement du service postal (à la p. 183). Toutefois, il ne s'en est pas tenu là. Il a poursuivi en concluant, à la p. 186, que la compagnie «constitu[ait] une partie intégrante de l'exploitation efficace des postes canadiennes». Cela étaye le point de vue selon

prise robs the local entity of its distinct character and transforms it into an integrated adjunct to the federal enterprise.

Even where the federal work or undertaking is permanently dependent on a provincial work or undertaking, dependency is still not a certain indicator of a transfer to federal jurisdiction. Many kinds of dependency of interprovincial works or undertakings on local works or undertakings carry little or no weight on the ultimate issue of whether the dominant character or function of the provincial work or undertaking has been erased so as to transform the provincial work or undertaking into an adjunct of the interprovincial work or undertaking. For example, suppliers of material or fuel without which the interprovincial work or undertaking could not function remain within provincial jurisdiction: *Nor-Min, supra*. Again, firms shipping the goods and messages without which the interprovincial transportation or communications lines would lose their *raison d'être* and economic viability do not move into the federal sphere because of the interprovincial enterprise's ultimate dependency on them. As Jockett C.J. stated in *Cannet Freight Cartage, supra*, at p. 178, "a shipper on [a] railway from one province to another does not, by virtue of being such a shipper, become the operator of an interprovincial undertaking". In *Central Western, supra*, Dickson C.J. set out the above passage and stated (at pp. 1146-47):

I agree. To hold otherwise would be to undermine completely the division of powers for, absent a requirement of functional integration, virtually any activity could be said to "touch" a federally regulated interprovincial undertaking. In my view, moreover, this Court's *dicta*

lequel le critère décisif consiste à se demander si, considérée du point de vue de son caractère dominant sur les plans fonctionnel et pratique, l'entreprise locale a, avec une entreprise de transport ou de communication interprovinciale, un lien qui la dépouille de son caractère distinct et en fait une partie accessoire intégrée de l'entreprise fédérale.

Même lorsque l'ouvrage ou l'entreprise de nature fédérale dépend en permanence d'un ouvrage ou d'une entreprise de nature provinciale, cette dépendance n'est pas encore une indication certaine de l'assujettissement de l'ouvrage ou de l'entreprise en cause à la compétence fédérale. Bien des formes de dépendance d'ouvrages ou d'entreprises interprovinciaux à l'égard d'ouvrages ou d'entreprises de nature locale n'ont que peu ou pas d'importance pour déterminer, en dernière analyse, si le caractère dominant ou la fonction dominante de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature provinciale ont été effacés de telle sorte qu'il est devenu une partie accessoire de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature interprovinciale. Par exemple, les fournisseurs de carburant ou de tout autre bien sans lequel l'ouvrage ou l'entreprise de nature interprovinciale ne pourrait pas fonctionner restent assujettis à la compétence provinciale: *Nor-Min*, précité. Encore une fois, les sociétés qui expédient les marchandises et les messages sans lesquels une entreprise interprovinciale de transport ou de communication perdraient leur raison d'être et cesseraient d'être rentables ne deviennent pas assujetties à la compétence fédérale parce que l'entreprise interprovinciale dépend d'elles en bout de ligne. Comme l'a dit le juge en chef Jockett dans *Cannet Freight Cartage*, précité, à la p. 178, «l'expéditeur utilisant le chemin de fer pour le transport de marchandises d'une province à une autre ne devient pas, de ce fait, l'exploitant d'une entreprise interprovinciale». Dans l'arrêt *Central Western*, précité, le juge en chef Dickson, après avoir reproduit ce passage, a dit ceci (aux pp. 1146 et 1147):

Je suis d'accord. La conclusion contraire minerait complètement le partage des pouvoirs puisque, en l'absence d'une exigence d'intégration fonctionnelle, à peu près n'importe quelle activité pourrait être considérée comme «touchant» une entreprise interprovinciale relevant de la

consistently suggests that something more than physical connection and a mutually beneficial commercial relationship with a federal work or undertaking is required for a company to fall under federal jurisdiction.

To put it another way, even though a shipper's operations are intricately connected with the interprovincial scheme, so long as the shipping enterprise retains its distinct identity and, as a result, is not functionally integrated with the interprovincial transportation enterprise, it remains under provincial jurisdiction.

144 I come finally to the argument based on the interconnection between the processing plants and the interprovincial pipeline. The plants are physically connected to, and feed gas into, a grid that supplies gas to other provinces and the United States. The physical connection is an industry-wide feature, and is due to the nature of the gas. This physical connection means that the plants must also be operationally and economically coordinated. The Federal Court of Appeal placed great emphasis on this interconnection and the fact that viewed together, the gathering lines, processing plants and residue pipelines form a unified system for the supply of gas inside and outside British Columbia.

145 The jurisprudence establishes that an interconnection between a local work or undertaking and an interprovincial work or undertaking, augmented by a mutually beneficial commercial relationship, is not enough to make the local enterprise part of the interprovincial enterprise: see *A.G.T. v. C.R.T.C.*, *supra*, and *Central Western*, *supra*. This is so even where the interconnection is sufficient to permit the local and interprovincial operations to be viewed as a unified system of widespread importance: *Empress Hotel*, *supra*, at p. 140. It follows that interconnection between a local work or undertaking and an interprovincial work or undertaking, and the fact that they function as "a unified system" are not enough to move the local enterprise into federal jurisdiction. To adopt such a sim-

compétence fédérale. J'estime en outre que les opinions exprimées par notre Cour établissent uniformément qu'il en faut davantage que l'existence d'un lien matériel et des relations commerciales mutuellement avantageuses avec un ouvrage ou une entreprise à caractère fédéral pour qu'une compagnie soit assujettie à la compétence fédérale.

Autrement dit, même si les activités d'un expéditeur sont étroitement liées à l'entreprise interprovinciale, l'entreprise d'expédition continue de relever de la compétence provinciale dans la mesure où elle conserve son identité propre et, par voie de conséquence, n'est pas fonctionnellement intégrée à l'entreprise de transport interprovinciale.

J'en arrive finalement à l'argument fondé sur le lien entre les usines de traitement et le pipeline interprovincial. Les usines sont physiquement rattachées à un réseau qu'elles alimentent en gaz qui est ensuite acheminé vers d'autres provinces et les États-Unis. Le lien matériel est une caractéristique universelle de l'industrie et il est dû à la nature du gaz. Ce lien matériel emporte que les usines doivent également être coordonnées sur les plans fonctionnel et commercial. La Cour d'appel fédérale a beaucoup insisté sur ce lien et sur le fait que, considérés ensemble, les canalisations de collecte, les usines de traitement et les pipelines acheminant le gaz résiduaire forment un réseau unifié de transport du gaz à l'intérieur et à l'extérieur de la Colombie-Britannique.

La jurisprudence établit que l'existence d'un lien entre un ouvrage ou une entreprise de nature locale et un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale, conjuguée à l'existence de relations commerciales mutuellement avantageuses, n'est pas suffisant pour faire de l'entreprise locale une partie d'une entreprise interprovinciale: *A.G.T. c. C.R.T.C.* et *Central Western*, précités. Il en va ainsi même lorsque le lien est suffisant pour que les activités locales et interprovinciales soient considérées comme formant un réseau unifié, étendu et important: *Empress Hotel*, précité, à la p. 140. Il s'ensuit que l'existence d'un lien entre un ouvrage ou une entreprise de nature locale et un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale, et le fait qu'ils soient exploités sous forme de «réseau uni-

ple test would eviscerate provincial jurisdiction over local works and undertakings and would seriously deform the Constitutional division of powers. Applied to a sophisticated, economically integrated society, it would bring a vast array of provincial works into federal jurisdiction. More is required. Functional integration to the point that the local work or undertaking loses its distinct character must exist before the local enterprise will be subsumed into the federal sphere through the operation of s. 92(10)(a).

In considering whether the interconnection between a local work or undertaking with an interprovincial work or undertaking is sufficient (alone or in concert with other factors such as common ownership, common management or dependency) to deprive the local enterprise of its distinct character and transform it into a “fully integrated” part of an interprovincial work or undertaking (*Central Western, supra*, at p. 1130), we must remember that certain connections, coordinate operations and dependencies may be features of the particular industry under consideration, rather than indicators of functional integration with the interprovincial aspect of the industry. A high level of cooperation and coordination between local and interprovincial enterprises should be permitted without the risk of incorporation of the provincial enterprises into federal jurisdiction through the operation of s. 92(10)(a).

(d) *The Test*

In order for a provincial work or undertaking to fall under federal jurisdiction under s. 92(10)(a) by reason of its connection with an interprovincial transportation or communications work or undertaking, the provincial work or undertaking must be functionally integrated with the interprovincial transportation or communications enterprise. Functional integration is established if the dominant character of the local work or undertaking, considered functionally and in the industry con-

fié» ne sont pas suffisants pour faire passer l'entreprise locale sous la compétence du fédéral. Adopter un critère aussi simple viderait de son contenu la compétence provinciale sur les ouvrages et entreprises de nature locale et déformerait sérieusement le partage des pouvoirs prévu par la Constitution. Appliqué à une société moderne, possédant une économie intégrée, un tel critère ferait relever de la compétence fédérale un large éventail d'ouvrages provinciaux. Il faut plus que cela. Pour qu'une entreprise locale relève de la compétence fédérale par l'effet de l'al. 92(10)a), il faut d'abord que l'intégration fonctionnelle soit telle qu'elle fasse perdre à l'ouvrage ou à l'entreprise de nature locale son caractère distinct.

Pour décider si le lien qui existe entre un ouvrage ou une entreprise de nature locale et un ouvrage ou une entreprise de nature interprovinciale est suffisant (seul ou avec d'autres facteurs comme l'existence d'un propriétaire unique, d'une gestion commune ou d'une dépendance) pour priver l'entreprise locale de son caractère distinct et en faire une «partie intégrante» d'un ouvrage ou d'une entreprise interprovinciale (*Central Western, précité*, à la p. 1130), nous devons nous rappeler que certains liens, certaines activités coordonnées et certaines formes de dépendance peuvent être des caractéristiques de l'industrie en cause plutôt que des indices d'une intégration fonctionnelle à l'aspect interprovincial de l'industrie. Un haut degré de coopération et de coordination entre des entreprises locales et interprovinciales devrait être autorisé sans que les entreprises provinciales risquent d'être assujetties à la compétence fédérale par l'effet de l'al. 92(10)a).

d) *Le critère*

Pour qu'un ouvrage ou une entreprise de nature provinciale relève de la compétence fédérale, par l'effet de l'al. 92(10)a), en raison de son lien avec un ouvrage ou une entreprise de transport ou de communication de nature interprovinciale, il doit être intégré fonctionnellement à ce dernier. L'intégration fonctionnelle est établie si l'examen du caractère dominant de l'ouvrage ou l'entreprise de nature locale, considéré sur un plan fonctionnel et dans le contexte de l'industrie, révèle que, en rai-

text, is transformed by its connection to the interprovincial enterprise, from that of a local work or undertaking with a distinct local character, into that of an interprovincial transportation or communications undertaking.

148

Various factors may be relevant to whether this test is met. Different factors may prove determinative in different cases, depending on the nature of the work or undertaking and the industry. In this sense, a comprehensive factor-based test is elusive: see *A.G.T. v. C.R.T.C.*, *supra*, at p. 258. Common management, common ownership and coordination, and dependency of the interprovincial enterprise on the local enterprise are among those factors which may prove useful. The ultimate question, however, is whether the dominant functional character of the provincial work or undertaking has been transformed by the connection to the interprovincial enterprise into that of interprovincial transportation or communication.

149

This test reflects the division of powers mandated by the Constitution, including s. 92A. The purpose of s. 92(10)(a), as noted above, is to enable the federal government to maintain transportation and communication links between the provinces and other countries. On the one hand, provincial works or undertakings which, when viewed substantively in the context of their activities, are of an interprovincial "connecting" nature, must be regulated federally if this purpose is to be achieved. On the other hand, leaving under provincial jurisdiction local works or undertakings whose dominant character is not of an interprovincial nature poses little impediment to the achieving of this purpose. Any inconvenience or cost that may be entailed by provincial regulation of works or undertakings which serve federally regulated interprovincial enterprises must be weighed against the damage that would be done to the division of powers if s. 92(10)(a) were used to sweep into the federal sphere the many local enterprises that supply products or services to, or are otherwise connected to, interprovincial enterprises. The same response

son de son lien avec l'entreprise interprovinciale, l'ouvrage ou l'entreprise en cause a perdu son caractère local distinct pour prendre celui d'une entreprise de transport ou de communication interprovinciale.

Divers facteurs peuvent être pertinents pour décider si ce critère est respecté. Il est possible que, selon la nature de l'ouvrage ou de l'entreprise et de l'industrie, des facteurs différents se révèlent déterminants d'un cas à l'autre. En ce sens, il est difficile d'établir un critère exhaustif fondé sur l'application de facteurs donnés: voir *A.G.T. c. C.R.T.C.*, précité, à la p. 258. La gestion commune, un propriétaire unique, la coordination des activités et la dépendance de l'entreprise interprovinciale à l'égard de l'entreprise locale sont certains des facteurs qui peuvent se révéler utiles. Il s'agit toutefois, en dernière analyse, de décider si, en raison de son lien avec l'entreprise interprovinciale, l'ouvrage ou l'entreprise de nature provinciale a vu son caractère fonctionnel dominant devenir celui d'une entreprise de transport ou de communication interprovinciale.

Ce critère reflète le partage des pouvoirs prescrit par la Constitution, y compris l'art. 92A. L'objet de l'al. 92(10)a), nous l'avons vu, est de permettre au gouvernement fédéral de maintenir des réseaux de transport et de communication entre les provinces et avec d'autres pays. Si l'on veut que cet objet soit réalisé, doivent alors être assujettis à la réglementation fédérale les ouvrages et entreprises de nature provinciale qui, lorsqu'ils sont considérés du point de vue de leur substance et dans le contexte de leurs activités, ont le caractère d'un «lien» interprovincial. En revanche, laisser à la compétence des provinces les ouvrages ou entreprises de nature locale dont le caractère dominant n'est pas de nature interprovinciale n'est pas un obstacle majeur à la réalisation de cet objet. Tout inconvénient ou coût que peut comporter la réglementation par les provinces d'ouvrages ou entreprises desservant des entreprises interprovinciales soumises à la réglementation fédérale doit être soupesé en fonction de l'atteinte qui serait portée au partage des pouvoirs si l'al. 92(10)a) était utilisé pour assujettir à la compétence fédérale les

may be given to the argument that different regulatory regimes for different aspects of an industry lead to inconvenience. Organizations like Westcoast, which acquire a variety of interests, must expect different regulatory regimes for different parts of their operations. As La Forest J. wrote in *Ontario Hydro, supra*, at pp. 374-75:

Finally there is the argument based on inconvenience. Bifurcating legislative power over labour relations in Ontario Hydro, a single enterprise, would, it is said, create practical difficulties. Two sets of rules would apply to different employees and, of course, there is the difficulty of drawing the line between federal matters and provincial matters. These problems are not really new. The interrelationship between Parliament's power over federal works and closely related provincial activity has always raised practical difficulties. . . . Various techniques of administrative inter-delegation have been developed to deal with problems of conjoint interest following upon the case of *Winner, supra*.

To date the courts, sensitive to provincial concerns as well as federal needs, have applied s. 92(10)(a) cautiously, refusing to sweep into federal jurisdiction those provincial works or undertakings which have a distinct provincial, non-interconnecting function. In this, I believe them to have been wise.

B. *Do the Processing Plants Fall Under Federal Jurisdiction?*

(1) Deference to the Decision of the National Energy Board

A preliminary issue is what deference should be given to the decision of the National Energy Board. The Board's decision is squarely concerned with its jurisdiction. The resolution of a jurisdictional question involving an administrative tribu-

nombreuses entreprises locales qui fournissent des produits ou des services à des entreprises interprovinciales, ou qui sont liées d'une autre façon à celles-ci. La même réponse peut être opposée à l'argument voulant que l'application de régimes différents de réglementation à divers aspects d'une industrie entraînent des inconvénients. Des organisations comme Westcoast, qui acquièrent des entreprises variées, doivent s'attendre à ce que les diverses parties de leurs activités soient soumises à des régimes de réglementation différents. Comme l'a dit le juge La Forest dans *Ontario Hydro*, précité, aux pp. 374 et 375:

Enfin, il y a l'argument fondé sur les inconvénients. La division de la compétence législative sur les relations de travail au sein d'Ontario Hydro, une entreprise unique, créerait, dit-on, des difficultés pratiques. Deux ensembles de règles s'appliqueraient à des employés différents et il va sans dire qu'il est difficile de départager les questions de nature fédérale de celles de nature provinciale. Ces problèmes ne sont pas vraiment nouveaux. La corrélation entre la compétence du Parlement sur les ouvrages fédéraux et les activités provinciales s'y rattachant étroitement a toujours soulevé des difficultés pratiques. [. . .] Diverses techniques d'interdélégation administrative ont été conçues pour régler des problèmes d'intérêt commun à la suite de l'arrêt *Winner*, précité.

Jusqu'à maintenant, soucieux des préoccupations des provinces ainsi que des besoins du gouvernement fédéral, les tribunaux ont appliqué avec prudence l'al. 92(10)(a), refusant d'assujettir à la compétence fédérale les ouvrages ou entreprises de nature provinciale qui remplissent une fonction nettement provinciale, sans jouer aucun rôle de lien interprovincial. À cet égard, je crois qu'ils ont fait preuve de sagesse.

B. *Les usines de traitement relèvent-elles de la compétence fédérale?*

(1) Retenue à l'égard de la décision de l'Office national de l'énergie

Une question préliminaire doit être tranchée: quel est le degré de retenue dont il convient de faire montre à l'égard de la décision de l'Office national de l'énergie? La décision que l'Office a rendue touche directement à sa compétence. Pour

nal requires an examination of “the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, . . . 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”: see *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1088, *per* Beetz J. The analysis is to be functional and pragmatic, with the ultimate goal being the determination of “the legislative intent in conferring jurisdiction on the administrative tribunal”: see *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at pp. 589-90, *per* Iacobucci J.

152

The National Energy Board has wide jurisdiction to inquire into matters of both law and fact: s. 12, *National Energy Board Act*. However, there is a statutory right of appeal from decisions of the Board on questions of law or of jurisdiction: s. 22, *National Energy Board Act*, and s. 28(1)(f) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. The duty of the National Energy Board at issue in this appeal is to regulate the interprovincial transportation of natural gas. None of the members of the panel of the National Energy Board which considered the Fort St. John application was a lawyer.

153

Especially relevant to this appeal are the nature of the problem and whether the problem comes within the expertise of the tribunal. The ultimate question in this appeal is constitutional, and goes to the heart of the National Energy Board’s jurisdiction. With respect to the appropriate legal test, therefore, the standard is correctness and no deference is owed. On matters of fact falling within the Board’s area of expertise, however, the courts may owe the Board deference: see *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at pp. 369-70. Administrative tribunals, particularly with respect to the provision of a factual record, may play a “very meaningful role to play in the resolution of constitutional issues”, even where their members do not have formal legal training: see *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations*

répondre à une question de compétence concernant un tribunal administratif, il faut examiner «le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, [. . .] 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»: voir U.E.S., local 298 c. Bibeault, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1088, le juge Beetz. Il faut faire une analyse fonctionnelle et pragmatique qui vise, en fin de compte, à déterminer «quelle était l’intention du législateur lorsqu’il a conféré compétence au tribunal administratif»: voir *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, aux pp. 589 et 590, le juge Iacobucci.

L’Office national de l’énergie dispose d’une large compétence pour examiner les questions de droit ou de fait: art. 12, *Loi sur l’Office national de l’énergie*. Toutefois, la loi prévoit un droit d’appel contre une décision de l’Office, sur une question de droit ou de compétence: art. 22, *Loi sur l’Office national de l’énergie*, et al. 28(1)(f) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. L’obligation de l’Office national de l’énergie qui est en cause en l’espèce est la réglementation du transport interprovincial du gaz naturel. Aucun des membres de l’Office national de l’énergie qui ont examiné la demande concernant le projet Fort St. John n’était avocat.

La nature du problème et la question de savoir si celui-ci relève du champ d’expertise du tribunal administratif sont particulièrement pertinentes en l’espèce. La question ultime qui se pose dans le présent pourvoi est d’ordre constitutionnel et touche au cœur de la compétence de l’Office national de l’énergie. Pour ce qui est du critère juridique approprié, la norme est donc celle de la décision correcte et il n’y a pas lieu de faire montre de retenue. Toutefois, en ce qui concerne les questions de fait relevant du champ d’expertise de l’Office, les cours de justice peuvent avoir à faire montre de retenue à l’égard de ses décisions: voir *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, aux pp. 369 et 370. Les tribunaux administratifs, particulièrement pour ce qui est de l’établissement du dossier factuel, peuvent jouer

Board), [1991] 2 S.C.R. 5, at p. 17. The “fact-finding expertise” of administrative tribunals should not be restrictively interpreted, and “must be assessed against the backdrop of the particular decision the tribunal is called upon to make”: see *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 29, *per* La Forest J. (referring to a human rights tribunal). La Forest J. continued:

A finding of discrimination is impregnated with facts, facts which the Board of Inquiry is in the best position to evaluate. The Board heard considerable evidence relating to the allegation of discrimination and was required to assess the credibility of the witnesses' evidence and draw inferences from the factual evidence presented to it in making a determination as to the existence of discrimination. Given the complexity of the evidentiary inferences made on the basis of the facts before the Board, it is appropriate to exercise a relative degree of deference to the finding of discrimination, in light of the Board's superior expertise in fact-finding . . . [Emphasis added.]

In *Ross*, the wording of the legislation constituting the tribunal had “a limited privative effect” (para. 29). While the same cannot be said for the legislation governing the National Energy Board, given that there is a statutory right to appeal on questions of law or of jurisdiction, the expertise of the National Energy Board is of a much more technical nature than that of a human rights tribunal, as is the evidence it must consider in making its decisions. This extra degree of complexity seems to me to justify a degree of deference equivalent to that given in *Ross*.

As discussed above, where the issue is legislative jurisdiction over a work or undertaking that is not itself an interprovincial connector, the test which emerges from the Constitution and the jurisprudence is whether the work or undertaking is functionally integrated with an interprovincial work or undertaking. In order for there to be func-

«un rôle très significatif dans la détermination de questions constitutionnelles», même lorsque leurs membres n'ont pas de formation juridique professionnelle: voir *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, à la p. 17. Il n'y a pas lieu d'interpréter restrictivement l'«expertise [. . .] en matière d'appréciation des faits» que possèdent les tribunaux administratifs et «il [faut] l'apprécier en fonction des décisions qu'ils sont appelés à rendre»: voir *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 29, le juge La Forest (au sujet d'un tribunal des droits de la personne). Le juge La Forest a ajouté ceci:

Une conclusion à l'existence de discrimination repose essentiellement sur des faits que la commission d'enquête est la mieux placée pour évaluer. La commission a entendu un nombre considérable de témoignages sur l'allégation de discrimination et a dû apprécier la crédibilité des témoins et faire des déductions, à partir de la preuve factuelle qui lui était soumise, pour statuer sur l'existence de discrimination. Étant donné la complexité des déductions probatoires découlant des faits présentés à la commission d'enquête, il convient de faire preuve d'une certaine retenue envers la conclusion à l'existence de discrimination, vu l'expertise supérieure de la commission d'enquête en matière d'appréciation des faits. . . [Je souligne.]

Dans *Ross*, le libellé de la loi constitutive du tribunal avait «un effet privatif limité» (par. 29). Quoiqu'on ne puisse pas en dire autant de la loi qui régit l'Office national de l'énergie, vu l'existence d'un droit d'appel sur des questions de droit ou de compétence, l'expertise de l'Office national de l'énergie est de nature beaucoup plus technique que celle d'un tribunal des droits de la personne, tout comme l'est la preuve qu'il doit examiner pour rendre ses décisions. Ce degré de complexité supplémentaire me semble justifier un degré de retenue équivalent à celui appliqué dans *Ross*.

Comme nous l'avons vu, lorsque la question en litige porte sur le pouvoir de légiférer à l'égard d'un ouvrage ou d'une entreprise qui n'est pas lui-même un lien interprovincial, le critère qui se dégage de la Constitution et de la jurisprudence consiste à décider si l'ouvrage ou l'entreprise en cause est intégré, sur le plan fonctionnel, à un

tional integration, the dominant character of the local enterprise, considered functionally and in the context of the industry as a whole, must, through its relationship with the interprovincial enterprise, be transformed from that of a local work or undertaking with a distinct local character, into that of an interprovincial transportation or communication undertaking. This test has different facets. While the Board must be correct on the facets which are strictly legal in nature, there are technical aspects of the analysis which require an intimate knowledge of the industry. On these aspects, deference should be given.

156

Specifically, in this case the determination of the dominant character of the processing plants requires an in-depth knowledge of the natural gas industry and the role processing plants play in that industry. Like a finding of discrimination, the determination of dominant character is “impregnated with the facts”. The National Energy Board is in the best position to make this determination. It has the greatest knowledge about the business of interprovincial gas transportation and the related industries, and is in the best position to determine whether the processing plants operate as an adjunct to the interprovincial gas transportation enterprise, or whether on the contrary, they operate as a distinct and different business, perform a separate and independent function, and, as a result, possess a distinct non-interprovincial character. On this facet of the analysis, I would adopt the approach accepted by this Court in *Ross*, *supra*, at para. 29: “[g]iven the complexity of the evidentiary inferences . . . a relative degree of deference” is owed to the Board on the question of whether the facts satisfy the requirements of the legal test.

(2) Application of the Test

157

The works at issue are the processing plants; the interprovincial enterprise at issue is Westcoast’s interprovincial gas pipeline. The task is to find the principal character of the processing plants,

ouvrage ou à une entreprise de nature interprovinciale. Il y aura intégration fonctionnelle si l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale, considéré du point de vue de son caractère dominant, sur le plan fonctionnel et dans le contexte de l’ensemble de l’industrie, doit, en raison de son lien avec l’entreprise interprovinciale, perdre son caractère local distinct pour prendre celui d’une entreprise interprovinciale de transport ou de communication. Ce critère comporte divers aspects. Bien que l’Office doive rendre une décision correcte sur les aspects d’ordre strictement juridique, certains aspects techniques de son analyse exigent une connaissance approfondie de l’industrie. En ce qui concerne ces aspects, il y a lieu de faire montre de retenue.

Plus précisément, la détermination, en l’espèce, du caractère dominant des usines de traitement exige une connaissance approfondie de l’industrie du gaz naturel et du rôle que les usines de traitement y jouent. À l’instar d’une conclusion à l’existence de discrimination, la détermination du caractère dominant «repose essentiellement sur des faits». L’Office national de l’énergie est le mieux placé pour déterminer ce caractère. C’est lui qui connaît le mieux le secteur du transport interprovincial du gaz et des industries connexes, et qui est le mieux placé pour décider si les usines de traitement sont exploitées en tant que partie accessoire de l’entreprise interprovinciale de transport du gaz, ou si, au contraire, elles sont exploitées en tant qu’entreprise distincte et différente, si elles remplissent une fonction séparée et indépendante, et si, en conséquence, elles possèdent un caractère distinct, de nature autre qu’interprovinciale. Quant à cet aspect de l’analyse, j’adopterais l’approche retenue par notre Cour dans *Ross*, précité, au par. 29: «[é]tant donné la complexité des déductions probatoires [. . .], il convient de faire preuve d’une certaine retenue» à l’égard de la décision de l’Office sur la question de savoir si les faits satisfont aux exigences du critère juridique.

(2) Application du critère

Les ouvrages en cause sont les usines de traitement; l’entreprise interprovinciale en cause est le gazoduc interprovincial de Westcoast. La tâche consiste à déterminer le caractère principal des

viewed substantively and on the basis of their day-to-day activities. Is their dominant character that of interprovincial transportation, rendering them essentially adjuncts to the interprovincial pipeline? Or do they possess a character distinct and separate from the interprovincial pipeline to which they supply refined natural gas?

In asking whether the processing plants would function as fully integrated parts of the interprovincial pipeline, or whether, on the other hand, they retained a distinct identity despite their connection with the pipeline, the majority of the National Energy Board applied the correct legal test. They concluded that while the processing plants and the interprovincial pipeline might be viewed as a unified system, the plants nevertheless retained their distinct non-transportation identity and hence were not essential or integral, in the required constitutional sense, to the interprovincial pipeline. As a consequence, the processing plants remained under provincial jurisdiction.

The Federal Court of Appeal applied a different test. Instead of focusing on the issue of the dominant character of the plants, the Federal Court of Appeal simply asked whether the plants and pipeline could be viewed as a single operation. In essence, the Federal Court of Appeal applied an economic integration test. This approach does not conform to the jurisprudence: see *Central Western*, *supra*. Nor does this approach place sufficient emphasis on the limited purpose of s. 92(10)(a) — to enable the federal government to maintain interprovincial transportation and communication links. It is not enough that the local work or undertaking and the interprovincial enterprise can be viewed as “a unified system which is widespread and important”: see *Empress Hotel*, *supra*, at p. 140. More is required, namely, functional integration to the extent that the dominant character of the local work or undertaking is subsumed into the federal

usines de traitement, considérées du point de vue de leur substance et à la lumière de leurs activités quotidiennes. Leur caractère dominant est-il le transport interprovincial, ce qui en ferait essentiellement des parties accessoires du pipeline interprovincial? Ou ont-elles un caractère distinct et séparé du pipeline interprovincial qu’elles alimentent en gaz naturel raffiné?

Dans l’examen de la question de savoir si les usines de traitement seraient exploitées comme des parties complètement intégrées du pipeline interprovincial, ou si, au contraire, elles conserveraient leur identité propre, malgré leur lien avec le pipeline, les membres majoritaires de l’Office national de l’énergie ont appliqué le bon critère juridique. Ils ont conclu que, bien que les usines de traitement et le pipeline interprovincial puissent être considérés comme un réseau unifié, les usines conserveraient néanmoins leur identité propre, qui n’est pas le transport, et que, par conséquent, elles n’étaient pas une partie essentielle ou intégrante — au sens requis par la Constitution — de ce pipeline. En conséquence, les usines de traitement restaient assujetties à la compétence de la province.

La Cour d’appel fédérale a appliqué un critère différent. Au lieu de mettre l’accent sur la question du caractère dominant des usines, elle s’est simplement demandé si les usines et le pipeline pouvaient être considérés comme une entreprise unique. Essentiellement, la Cour d’appel fédérale a appliqué un critère d’intégration économique. Cette approche n’est pas conforme à la jurisprudence: voir *Central Western*, précité. Elle ne met pas non plus suffisamment l’accent sur l’objet limité de l’al. 92(10)a — permettre au gouvernement fédéral de maintenir des réseaux de transport et de communication interprovinciaux. Il ne suffit pas que l’ouvrage ou l’entreprise de nature locale et l’entreprise interprovinciale puissent être considérés comme un «réseau unifié, étendu et important»: voir *Empress Hotel*, précité, à la p. 140. Il faut davantage, à savoir une intégration fonctionnelle telle que le caractère dominant de l’ouvrage ou de l’entreprise de nature locale devienne celui de l’entreprise de transport fédérale, enlevant ainsi

transportation enterprise, depriving the local work or undertaking of a distinctive local character.

à l'ouvrage ou à l'entreprise en cause son caractère local distinctif.

160

In failing to conduct an analysis of the dominant character of the processing plants, the Federal Court of Appeal failed to engage the real issue: whether — despite their coordination with the transportation aspects of the natural gas industry — the ways in which the processing plants differ from interprovincial gas transportation negate the conclusion that their dominant functional character is the interprovincial transport of gas. It dismissed the Board's finding that "gas processing and gas transmission are fundamentally different activities or services" with the statement that "this observation misses the mark" (p. 283). It went on to assert, at pp. 283-84, that "[i]t is not the difference between the activities and services but the inter-relationship between them, and whether or not they have a common direction and purpose which will determine whether they form part of a single undertaking". The Court provided no authority for this proposition. The absence of a citation to authority is not surprising when one considers that it is the differences between the activities and services of the local work or undertaking and the interprovincial enterprise that lie at the heart of decisions like *Empress Hotel*, *supra*, and *Nor-Min*, *supra*.

En n'analysant pas le caractère dominant des usines de traitement, la Cour d'appel fédérale n'a pas abordé la question véritable: celle de savoir si — malgré la coordination de leurs activités avec les activités de transport de l'industrie du gaz naturel — les aspects sous lesquels les usines de traitement diffèrent du transport interprovincial du gaz empêchent de conclure que leur caractère fonctionnel dominant est le transport interprovincial du gaz. Elle a rejeté la conclusion de l'Office que «le traitement du gaz et le transport du gaz sont des activités ou services fondamentalement différents», affirmant que «l'Office fai[sai]t fausse route» (p. 283). Puis, elle a ajouté, aux pp. 283 et 284, que «[c]e n'est pas la différence entre les activités et les services, mais l'interaction entre ceux-ci et le fait qu'ils relèvent ou non de la même direction et partagent ou non des objectifs communs qui permettent de déterminer s'ils font partie d'une entreprise unique». La Cour n'a cité aucun précédent à l'appui de cette proposition. Cela n'est pas étonnant si on considère que ce sont les différences entre les activités et les services de l'ouvrage ou de l'entreprise de nature locale et l'entreprise interprovinciale qui sont au cœur d'arrêts comme *Empress Hotel* et *Nor-Min*, précités.

161

In a sophisticated, post-industrial economy, virtually all works and undertakings are connected through a host of interprovincial and international transportation and communications networks. These involve a high degree of coordination. They also involve common direction or purpose at the most general level, whether it be getting goods to a certain person, getting electric power to a certain area, or getting messages to the public. If interrelated activities and common direction and purpose is the test, as the Federal Court of Appeal proposes, the federal government, through its authority over interprovincial and international transportation and communication, has the power to sweep a vast array of provincial works and undertakings into the federal sphere. Such an approach, as Dickson C.J. warned in *Central Western*, *supra*, at

Dans une économie postindustrielle complexe, presque tous les ouvrages et toutes les entreprises sont liés par une multitude de réseaux de transport et de communication interprovinciaux et internationaux. Ils font nécessairement l'objet d'un degré élevé de coordination. Ils partagent aussi, au niveau le plus général, une direction ou un objectif, que ce soit la livraison de marchandises à une personne donnée, la distribution de l'électricité dans une région ou la transmission de messages à la population. Si, comme le propose la Cour d'appel fédérale, le critère applicable est l'existence d'activités interreliées et une direction et des objectifs communs, le gouvernement fédéral pourrait alors, grâce à son pouvoir sur les transports et les communications interprovinciaux et internationaux, s'arroger la compétence sur un large éventail d'ou-

p. 1146, could “undermine completely the division of powers”.

The majority of the National Energy Board applied the correct legal test. This leaves the question of whether it can be said to have erred in applying that test to the facts, using the deferential approach suggested by this Court in cases such as *Berg, supra*, and *Ross, supra*. The record supports no such claim. On the contrary, it abundantly supports the Board’s conclusion that the processing plants retained their own identities and did not become mere adjuncts of the interprovincial pipeline system.

The processing plants do much more than “strip” impurities from the raw gas. They carry on a number of activities, related to a number of purposes having nothing to do with the interprovincial transportation of natural gas. Their primary function is the processing of raw gas to separate it into its constituent parts, including sulphur, liquid hydrocarbons and sweet natural gas. This separation requires complex chemical and mechanical processes. The hydrogen sulphide is separated from the remainder of the gas through a catalytic chemical process. Water is removed by a molecular sieve. The liquid hydrocarbons are separated using a turbo-expander, and then the heavier hydrocarbons are separated from liquid hydrocarbon stream by a de-ethanizer. The liquid hydrocarbons are further fractionated and treated. The hydrogen sulphide stream is chemically converted to elemental sulphur. Other compounds will be separated from the different streams as they move through the plants. The plants’ various products — only one of which is sweet natural gas — are transported throughout British Columbia and elsewhere by truck, train and pipeline. This supports the conclusion that the processing plants are much more than mere adjuncts of the interprovincial pipeline. Viewed functionally and in substance, the dominant character of the plants that emerges is that of

vrages et d’entreprises de nature provinciale. Pour reprendre la mise en garde faite par le juge en chef Dickson dans *Central Western*, précité, à la p. 1146, une telle approche pourrait «mine[r] complètement le partage des pouvoirs».

Les membres majoritaires de l’Office national de l’énergie ont appliqué le bon critère juridique. Il reste à décider, en faisant montre de la retenue proposée par notre Cour dans des arrêts tels *Berg* et *Ross*, précités, s’il est possible d’affirmer qu’ils ont commis une erreur en appliquant ce critère aux faits. Rien dans le dossier n’étaye une telle prétention. Au contraire, le dossier étaye amplement la conclusion de l’Office que les usines de traitement ont conservé leur identité propre et ne sont pas devenues de simples parties accessoires du pipeline interprovincial.

Les usines de traitement font plus que «débarasser» le gaz brut de ses impuretés. Elles exercent un certain nombre d’activités liées à un certain nombre d’objectifs qui n’ont rien à voir avec le transport interprovincial du gaz naturel. Leur fonction principale est le traitement du gaz brut en vue d’en séparer les éléments constitutifs, notamment le soufre, les hydrocarbures liquides et le gaz naturel non corrosif. Cette séparation ne peut se faire que par des moyens mécaniques et chimiques complexes. L’hydrogène sulfuré est séparé du gaz par un procédé chimique catalytique. L’eau est retirée au moyen d’un tamis moléculaire. Les hydrocarbures liquides sont séparés à l’aide d’un turbodétendeur, puis les hydrocarbures plus lourds sont séparés du mélange d’hydrocarbures liquides au moyen d’un déséthaniseur. Les hydrocarbures liquides sont à nouveau fractionnés et traités. Le mélange d’hydrogène sulfuré est transformé chimiquement en soufre élémentaire. D’autres composés sont extraits des divers mélanges au fur et à mesure qu’ils sont traités dans les usines. Les divers produits des usines — le gaz naturel non corrosif n’étant qu’un produit parmi d’autres — sont transportés dans toutes les régions de la Colombie-Britannique et ailleurs par camion, par train et par pipeline. Ce fait étaye la conclusion que les usines de traitement sont beaucoup plus

162

163

processors of raw gas, not that of interprovincial transporters of sweet gas.

164 Westcoast itself acknowledges the distinct character of the plants by maintaining separate billing and contract arrangements for processing of raw gas and shipping one of its refined products, sweet gas. This independent character is further exemplified by the fact that, to paraphrase Lord Reid in the *Empress Hotel* case, *supra*, at p. 144: “there is little, if anything, . . . to distinguish [the processing plants] from . . . independently owned [processing plants] in a similar position”.

165 The fact that Westcoast owns both the plants and the pipeline cannot change the constitutional picture. Nor is it determinative that the plants and pipeline are operated in a coordinated fashion. As found by the majority of the National Energy Board, coordinated operation is a universal feature of the industry: all gas processing plants must coordinate their production with those who ship their product. As for dependency of the interprovincial pipeline on the gas processing plants, the only dependency is that of the pipeline on the processing plants for product to ship. This type of dependency does not support a finding that the plants are interprovincial transporters of gas, and hence subject to federal regulation. The argument that the plants transform the gas into a form that is cheaper and safer to transport in the pipeline changes nothing. No one suggests that a manufacturer that bottles its product to make it easier and safer to ship by railway is thereby swept into the federal sphere. No more should a plant be swept in the federal sphere by virtue of rendering gas safer and cheaper to ship on a pipeline. Shippers or manufacturers are not swept into the federal regulatory net because they use interprovincial lines of transport. The purpose of s. 92(10)(a) is to permit the federal government to maintain the means of

que de simples parties accessoires du pipeline interprovincial. Considéré sur les plans fonctionnel et substantiel, le caractère dominant des usines est le traitement du gaz brut et non le transport interprovincial du gaz non corrosif.

Westcoast elle-même reconnaît le caractère distinct des usines en appliquant des méthodes distinctes de facturation et de passation des marchés pour le traitement du gaz brut et le transport de l'un de ses produits raffinés, le gaz non corrosif. Ce caractère indépendant se trouve renforcé par le fait que, pour paraphraser la remarque de lord Reid dans l'arrêt *Empress Hotel*, précité, à la p. 144: «[p]eu de choses, si tant est qu'il y en ait, [. . .] distinguent [les usines de traitement] d'[usines de traitement] indépendant[es]».

Le fait que Westcoast possède à la fois les usines et le pipeline ne saurait changer le tableau constitutionnel. Le fait que les usines et le pipeline soient exploités de façon coordonnée n'est pas non plus un facteur déterminant. Comme l'ont statué les membres majoritaires de l'Office national de l'énergie, la coordination des activités est une caractéristique universelle de l'industrie: toutes les usines de traitement du gaz doivent coordonner leur production avec les entreprises qui expédient leur produit. Pour ce qui est de la dépendance du pipeline interprovincial à l'égard des usines de traitement du gaz, il ne s'agit que de la dépendance du pipeline vis-à-vis des usines pour ce qui est du produit à expédier. Ce type de dépendance n'étaye pas la conclusion que les usines sont des transporteurs de gaz interprovinciaux et donc assujetties à la réglementation fédérale. L'argument voulant que les usines transforment le gaz de manière à en rendre le transport par pipeline moins coûteux et plus sûr ne change rien. Personne n'affirme que le fabricant qui embouteille son produit de manière à en rendre l'expédition par train facile et plus sûre est, de ce fait, assujetti à la compétence fédérale. Il en va de même de l'usine qui rend le transport du gaz par pipeline moins coûteux et plus sûr. Les expéditeurs ou les fabricants ne sont pas assujettis à la réglementation fédérale du fait qu'ils utilisent des moyens de transport interprovinciaux. L'objet de l'al. 92(10)a) est de permettre au gouvernement

interprovincial and international transport, not to ensure that the interprovincial transporters have product to ship.

Section 92A of the Constitution supports this conclusion. The plants are processors of non-renewable natural resources and yield products that fall under the definition of “primary production”. The ability to control and manage aspects of natural resource production is a core area of provincial jurisdiction. As stated by La Forest J. in *Ontario Hydro, supra*, one purpose of the amendment which introduced s. 92A into the Constitution was precisely to avoid the very result being argued for here — that the federal government might acquire control over resource development and production by assimilating resource development and production facilities into its interprovincial transportation power through the means of s. 92(10)(a).

In conclusion, I can find no error in the decision of the majority of the National Energy Board. It applied the correct legal test. It examined the facts pertinent to the issue before it and drew inferences from those facts to determine whether the processing plants were under federal jurisdiction according to that test. The inferences it drew are thoroughly supported by the record. Even in the absence of deference, there would be no basis for overturning the decision of the majority of the Board.

I add this. Westcoast’s position before this Court was that both the processing plants and related gathering facilities fell within federal jurisdiction as part of Westcoast’s single integrated interprovincial undertaking. Westcoast did not make an alternative submission that, in the event the processing plants were held to be within provincial jurisdiction, the gathering facilities would still fall under federal jurisdiction. I therefore need not consider this possibility.

fédéral de maintenir les moyens de transport interprovinciaux et internationaux, et non pas d’assurer que les transporteurs interprovinciaux aient des produits à expédier.

L’article 92A de la Constitution étaye cette conclusion. Les usines font le traitement de ressources naturelles non renouvelables et leurs produits sont visés par la définition de «production primaire». La capacité de contrôler et de gérer les aspects de la production tirée des ressources naturelles est au cœur de la compétence provinciale. Comme l’a affirmé le juge La Forest dans *Ontario Hydro*, précité, l’un des objectifs de l’insertion de l’art. 92A dans la Constitution était précisément d’éviter le résultat qui est débattu en l’espèce — c’est-à-dire éviter que le gouvernement fédéral n’acquière, au moyen de l’al. 92(10)a), l’autorité sur l’exploitation et la transformation des ressources en intégrant à son pouvoir sur le transport interprovincial les installations destinées à l’exploitation et à la transformation des ressources.

En conclusion, je ne vois aucune erreur dans la décision des membres majoritaires de l’Office national de l’énergie. Ils ont appliqué le bon critère juridique. Ils ont examiné les faits pertinents relativement à la question qui leur était soumise et ont tiré des conclusions de ces faits pour décider, selon ce critère, si les usines de traitement relevaient de la compétence fédérale. Les conclusions qu’ils ont tirées sont tout à fait étayées par le dossier. Même en ne faisant pas montre de retenue, il n’y aurait aucun motif d’écarter la décision des membres majoritaires de l’Office.

J’ajouterai ceci. Devant notre Cour, Westcoast a fait valoir que tant les usines de traitement que les installations de collecte connexes relevaient de la compétence fédérale en tant que parties de son entreprise interprovinciale unique et intégrée. Westcoast n’a pas soutenu subsidiairement que, même si on concluait que ces usines sont soumises à la compétence de la province, les installations de collecte relèveraient quand même de la compétence fédérale. Je n’ai donc pas à étudier cette possibilité.

166

167

168

C. *Do the Processing Plants Come Within the Definition of "Pipeline" in the National Energy Board Act?*

169 In light of my finding that the processing plants do not fall under federal jurisdiction, it is not necessary to answer this question.

VII. Disposition

170 I would allow the appeal with costs and restore the decision of the majority of the National Energy Board. The constitutional question should be answered as follows:

Q. Given the division of authority between the Parliament of Canada and the legislatures of the provinces in the *Constitution Acts, 1867 to 1982*, are ss. 29, 30, 31, 33, 47, 52, 58 and 59 of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, applicable to the facilities proposed to be constructed by Westcoast Energy Inc. in respect of:

- (a) its Fort St. John Expansion Project, the subject of the application in proceeding GH-5-94 before the National Energy Board, and
- (b) its Grizzly Valley Expansion Project, as described in Order No. MO-21-95 of the National Energy Board?

- A. (a) No.
(b) No.

Appeal dismissed with costs, MCLACHLIN J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondent Westcoast Energy Inc.: McCarthy, Tétrault, Vancouver.

Solicitor for the respondent the National Energy Board: The National Energy Board, Calgary.

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

C. *Les usines de traitement sont-elles visées par la définition du mot «pipeline» dans la Loi sur l'Office national de l'énergie?*

Vu ma conclusion que les usines de traitement ne relèvent pas de la compétence fédérale, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

VII. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir la décision des membres majoritaires de l'Office national de l'énergie. Je répondrais ainsi à la question constitutionnelle:

Q. Compte tenu du partage des pouvoirs législatifs établi par les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* entre le Parlement du Canada et les législatures des provinces, les art. 29, 30, 31, 33, 47, 52, 58 et 59 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, s'appliquent-ils aux installations dont Westcoast Energy Inc. propose la construction dans le cadre:

- a) de son projet d'expansion de Fort St. John, qui fait l'objet de la demande présentée dans l'instance n° GH-5-94 devant l'Office national de l'énergie;
- b) de son projet d'expansion de Grizzly Valley, qui est décrit dans l'ordonnance n° MO-21-95 de l'Office national de l'énergie?

- R. a) Non.
b) Non.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge MCLACHLIN est dissidente.

Procureurs de l'appelante: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Westcoast Energy Inc.: McCarthy, Tétrault, Vancouver.

Procureur de l'intimé l'Office national de l'énergie: L'Office national de l'énergie, Calgary.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

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

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Beth Naomi Fontaine *Appellant*

v.

Insurance Corporation of British Columbia *Respondent*

INDEXED AS: FONTAINE v. BRITISH COLUMBIA (OFFICIAL ADMINISTRATOR)

File No.: 25381.

Hearing and judgment: November 14, 1997.

Reasons delivered: March 19, 1998.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Res ipsa loquitur — Circumstantial evidence — Precise time, date and place of motor vehicle accident unknown — Severe weather and bad road conditions at presumed time of accident — Whether or not res ipsa loquitur applicable, and if so, effect of applying it.

Appellant claimed damages with respect to the death of her husband who was found several weeks after his expected return from a hunting trip. His body and that of his hunting companion (which was still buckled in the driver's seat) were in the companion's badly damaged truck which had been washed along a flood swollen creek flowing alongside a mountain highway. No one saw the accident and no one knew precisely when it occurred. A great deal of rain had fallen in the vicinity of the accident the weekend of their hunting trip and three highways in the area were closed because of weather-related road conditions. The trial judge found that negligence had not been proven against the driver and dismissed the appellant's case. An appeal to the Court of Appeal was dismissed. At issue here was when *res ipsa loquitur* applies and the effect of invoking it.

Held: The appeal should be dismissed.

Since various attempts to apply *res ipsa loquitur* have been more confusing than helpful, the law is better served if the maxim is treated as expired and no longer a

Beth Naomi Fontaine *Appelante*

c.

Insurance Corporation of British Columbia *Intimée*

RÉPERTORIÉ: FONTAINE c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (OFFICIAL ADMINISTRATOR)

N° du greffe: 25381.

Audition et jugement: 14 novembre 1997.

Motifs déposés: 19 mars 1998.

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

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Res ipsa loquitur — Preuve circonstancielle — Date, heure et lieu précis d'un accident de la route non connus — Intempérie et mauvais état de la route au moment présumé de l'accident — La maxime res ipsa loquitur s'applique-t-elle et, dans l'affirmative, quel est son effet?

L'appelante a intenté une action en dommages-intérêts à la suite du décès de son mari qui a été retrouvé plusieurs semaines après son retour prévu d'une partie de chasse. Son corps et celui de son compagnon de chasse (qui était encore retenu au siège du conducteur par sa ceinture de sécurité) gisaient dans le camion lourdement endommagé de ce dernier, qui avait été emporté par les eaux en crue d'un ruisseau longeant une route de montagne. Personne n'avait été témoin de l'accident et personne ne savait exactement quand il s'est produit. Pendant la fin de semaine où ils étaient partis à la chasse, il avait plu abondamment près de l'endroit où est survenu l'accident, et trois routes du secteur étaient fermées à cause de problèmes dus au mauvais temps. Le juge de première instance a conclu que la négligence du conducteur n'avait pas été établie et a rejeté l'action de l'appelante. L'appel interjeté devant la Cour d'appel a été rejeté. Il s'agit, en l'espèce, de déterminer dans quels cas s'applique la maxime *res ipsa loquitur* et quel est son effet lorsqu'elle est invoquée.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Étant donné que diverses tentatives d'appliquer la maxime *res ipsa loquitur* ont été plus déroutantes qu'utiles, le droit s'en portera mieux si la maxime est

separate component in negligence actions. Its use had been restricted to cases where the facts permitted an inference of negligence and there was no other reasonable explanation for the accident. The circumstantial evidence that the maxim attempted to deal with is more sensibly dealt with by the trier of fact, who should weigh the circumstantial evidence with the direct evidence, if any, to determine whether the plaintiff has established on a balance of probabilities a *prima facie* case of negligence against the defendant. If such a case is established, the plaintiff will succeed unless the defendant presents evidence negating that of the plaintiff.

The circumstantial evidence here did not discharge the plaintiff's onus. Many of the circumstances of the accident, including the date, time and precise location, were not known. There were minimal, if any, evidentiary foundations from which any inference of negligence could be drawn. Although severe weather conditions impose a higher standard of care on drivers to take increased precautions, human experience confirms that severe weather conditions are more likely to produce situations where accidents occur and vehicles leave the roadway regardless of the degree of care taken. In these circumstances, it should not be concluded that the accident would ordinarily not have occurred in the absence of negligence. Any inference of negligence which might be drawn in these circumstances would be modest. Most of the explanations offered by the defendants were grounded in the evidence and were adequate to neutralize whatever inference the circumstantial evidence could permit to be drawn. The trial judge's finding that the defence had succeeded in producing alternative explanations of how the accident may have occurred without negligence on the driver's part was not unreasonable and should not be interfered with on appeal.

Cases Cited

Referred to: *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481; *Gauthier & Co. v. The King*, [1945] S.C.R. 143; *Scott v. London and St. Katherine Docks Co.* (1865), 3 H. & C. 596, 159 E.R. 665; *Jackson v. Millar*, [1976] 1 S.C.R. 225; *Hellenius v. Lees*, [1972] S.C.R. 165; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114.

Statutes and Regulations Cited

Family Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 120.

tenue pour périmée et n'est plus utilisée comme une notion distincte dans les actions pour négligence. Son utilisation avait été limitée aux cas où les faits permettaient de déduire la négligence et où on ne disposait d'aucune autre explication raisonnable de l'accident. Il est plus logique que le juge des faits traite de la preuve circonstancielle dont la maxime tentait de traiter, en la soulevant en fonction de la preuve directe, s'il en est, pour décider si le demandeur a établi, selon la prépondérance des probabilités, une preuve *prima facie* de la négligence du défendeur. Si une telle preuve est établie, le demandeur aura gain de cause à moins que le défendeur ne produise une preuve réfutant celle du demandeur.

La preuve circonstancielle en l'espèce ne permettait pas à la demanderesse de s'acquitter de son obligation. Bien des circonstances de l'accident, dont la date, l'heure et le lieu précis, étaient inconnues. La preuve, s'il en est, qui aurait permis de déduire l'existence de négligence était minime. Même si les conditions météorologiques très mauvaises forcent les conducteurs à être plus prudents, l'expérience humaine confirme qu'en pareil cas les accidents et les sorties de route sont plus susceptibles de survenir, peu importe la prudence dont font preuve les conducteurs. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de conclure que l'accident ne serait pas survenu normalement en l'absence de négligence. Toute déduction de négligence qui pourrait alors être faite serait atténuée. La plupart des explications offertes par les défendeurs étaient fondées sur la preuve et étaient suffisantes pour neutraliser toute déduction que la preuve circonstancielle pouvait permettre de faire. La conclusion du juge de première instance, selon laquelle la défense avait réussi à donner d'autres explications de la façon dont l'accident pouvait être survenu sans qu'il y ait eu négligence de la part du conducteur, n'était pas déraisonnable et ne devrait pas être modifiée en appel.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *National Trust Co. c. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481; *Gauthier & Co. c. The King*, [1945] R.C.S. 143; *Scott c. London and St. Katherine Docks Co.* (1865), 3 H. & C. 596, 159 E.R. 665; *Jackson c. Millar*, [1976] 1 R.C.S. 225; *Hellenius c. Lees*, [1972] R.C.S. 165; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114.

Lois et règlements cités

Family Compensation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 120.

Authors Cited

- Balkin, Rosalie P., and J. L. R. Davis. *Law of Torts*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1996.
- Clerk, John Frederic, and William Harry Barber Lindsell. *Clerk & Lindsell on Torts*, 13th ed. Common Law Library No. 3. London: Sweet & Maxwell, 1969.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1993.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stanton, K. M. *The Modern Law of Tort*. London: Sweet & Maxwell, 1994.
- Wright, Cecil A. "Res Ipsa Loquitur", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada (1955), Evidence*. Toronto: Richard de Boo, 1979, 103.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 22 B.C.L.R. (3d) 371, 74 B.C.A.C. 241, 121 W.A.C. 241, 18 M.V.R. (3d) 1, [1996] 9 W.W.R. 305, [1996] B.C.J. No. 845 (QL), dismissing an appeal from a judgment of Boyd J., [1994] B.C.J. No. 716 (QL). Appeal dismissed.

Robert A. Easton, for the appellant.

Patrick G. Foy and A. M. Gunn, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ MAJOR J. — This appeal provides another opportunity to consider the so-called maxim of *res ipsa loquitur*. What is it? When does it arise? And what effect does its application have? This appeal centres on these questions. At the conclusion of the hearing, the appeal was dismissed with reasons to follow. These are the reasons.

I. Facts

² The appellant claimed damages under the *Family Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 120, as amended, with respect to the death of her husband, Edwin Andrew Fontaine.

Doctrine citée

- Balkin, Rosalie P., and J. L. R. Davis. *Law of Torts*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1996.
- Clerk, John Frederic, and William Harry Barber Lindsell. *Clerk & Lindsell on Torts*, 13th ed. Common Law Library No. 3. London: Sweet & Maxwell, 1969.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stanton, K. M. *The Modern Law of Tort*. London: Sweet & Maxwell, 1994.
- Wright, Cecil A. «Res Ipsa Loquitur», in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada (1955), Evidence*. Toronto: Richard de Boo, 1979, 103.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 22 B.C.L.R. (3d) 371, 74 B.C.A.C. 241, 121 W.A.C. 241, 18 M.V.R. (3d) 1, [1996] 9 W.W.R. 305, [1996] B.C.J. No. 845 (QL), qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Boyd, [1994] B.C.J. No. 716 (QL). Pourvoi rejeté.

Robert A. Easton, pour l'appelante.

Patrick G. Foy et A. M. Gunn, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi offre une nouvelle possibilité d'étudier la maxime dite *res ipsa loquitur*. Que signifie-t-elle? Dans quels cas s'applique-t-elle? Quel est alors son effet? Ces questions sont au cœur du présent pourvoi. À la fin de l'audience, le pourvoi a été rejeté, avec motifs à suivre. Ces motifs sont les suivants.

I. Les faits

L'appelante a intenté une action en dommages-intérêts fondée sur la *Family Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 120 et ses modifications, à la suite du décès de son mari, Edwin Andrew Fontaine.

On November 9, 1990, Edwin Andrew Fontaine ("Fontaine") and Larry John Loewen ("Loewen") left Surrey, B.C. for a weekend hunting trip. They were expected back on November 12, 1990, and were reported missing later that day. Their bodies were found on January 24, 1991 in Loewen's badly damaged truck ("the vehicle"), which was lying in the Nicolum Creek bed adjacent to Highway 3 (approximately seven kilometres east of Hope, B.C.). There were no witnesses to the accident, and no one knows precisely when or how the accident happened.

The weather was bad on the weekend the men went missing. Between 10 p.m. on November 8 and 10 p.m. on November 10, 1990, the area in and around the Hope weather station received approximately 328 mm. of rain. Three highways lead out of Hope. Highway 1 was cut off by a major landslide, Highway 3 was closed owing to the washout of a large culvert from under the highway, and two bridges on Highway 5 were closed because of heavy river flooding and potential damage to the bridges' understructures.

Police investigators concluded that, at the time of the accident, the vehicle had been travelling westbound on Highway 3 and left the roadway at a point approximately 10 metres east of the entrance to a rest area. The vehicle then tumbled down a rock-covered embankment into the swollen flood waters of Nicolum Creek and was swept downstream. The vehicle left the road with sufficient momentum to break a path through some small alder trees. Loewen was found, with his seatbelt in place, in the driver's seat.

A police constable testified that, at the presumed time of the accident, Nicolum Creek was in flood condition with the water within two-thirds of a metre of the edge of Highway 3 at the likely site of the accident. The wind was gusting to "extremely high velocities" and a rainstorm was raging.

The constable also testified that there is a swale in the highway at the point where the vehicle is

Le 9 novembre 1990, Edwin Andrew Fontaine («Fontaine») et Larry John Loewen («Loewen») sont partis de Surrey, en Colombie-Britannique, pour aller chasser durant la fin de semaine. Ils devaient revenir le 12 novembre 1990, mais ils ont été portés disparus plus tard ce jour-là. Leurs corps ont été retrouvés le 24 janvier 1991 dans le camion lourdement endommagé de Loewen («le véhicule»), qui gisait dans le ruisseau Nicolum près de la route 3 (à environ sept kilomètres à l'est de Hope en Colombie-Britannique). Personne n'a été témoin de l'accident et personne ne sait exactement quand ni comment il s'est produit.

Le temps était mauvais durant la fin de semaine où les hommes ont été portés disparus. Entre 22 h, le 8 novembre, et 22 h, le 10 novembre 1990, il est tombé environ 328 mm de pluie dans la région de la station météorologique de Hope. Trois routes mènent à l'extérieur de Hope. La route 1 était coupée par suite d'un important glissement de terrain, la route 3 était fermée parce qu'un gros ponton avait été emporté par les eaux, et deux ponts sur la route 5 étaient fermés à cause d'une crue importante de la rivière qui risquait d'en endommager les infrastructures.

Les enquêteurs de la police ont conclu qu'au moment de l'accident le véhicule roulait vers l'ouest sur la route 3 et qu'il a quitté la chaussée à environ 10 mètres à l'est de l'entrée d'une halte routière. Il a ensuite dévalé un terrassement empierré et est tombé dans les eaux en crue du ruisseau Nicolum pour être ensuite emporté par le courant. Le véhicule a quitté la route à une vitesse suffisante pour se frayer un chemin à travers des aulnes de petite taille. Loewen a été retrouvé, la ceinture de sécurité bouclée, sur le siège du conducteur.

Un policier a témoigné qu'au moment présumé de l'accident le ruisseau Nicolum était en crue et que, à l'endroit probable de l'accident, l'eau avait monté jusqu'à deux tiers de mètre du bord de la route 3. Un vent [TRADUCTION] «très fort», accompagné d'une pluie torrentielle, soufflait.

Le policier a également témoigné qu'il y avait une dépression à l'endroit où l'on croit que le véhi-

believed to have left the road. With heavy rains, between 12.5 and 38 mm. of rain may collect in the swale. In the constable's opinion, if the driver continued to drive straight at this point, loss of control would be unlikely. However, if the driver were to suddenly turn the vehicle's wheels in an attempt to avoid the pool of water or engage in any other sudden driving manoeuvres, the vehicle might hydroplane, particularly if the vehicle had worn tires. The police report indicated that the two front tires of the vehicle showed "excessive" wear, with only 4 and 5 mm. of tread on the tires. The constable further testified that the sidewall of the right front tire was cut and the rim was damaged, consistent with the tire hitting a rock or other solid object on the road surface. He considered it difficult to say whether or not a flat tire might have caused the vehicle to go out of control and leave the roadway. He further agreed that the driver might have swerved to avoid hitting an animal on the road surface.

⁸ The trial judge found that negligence had not been proven and dismissed the case. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal.

II. Judicial History

Supreme Court of British Columbia, [1994] B.C.J. No. 716 (QL) (Boyd J.)

⁹ The trial judge held that the appellant had not proven, on a balance of probabilities, that driver negligence contributed to the fatal injuries suffered by Fontaine. She found the only evidence that potentially suggested negligence was that the vehicle left the road at sufficient speed to break a path through some small alder trees and wind up in the creek. However, in her view, given the road and weather conditions this evidence was no more than neutral and did not point to negligence on Loewen's part.

¹⁰ She rejected the appellant's contention that the fact that the vehicle left the highway was *prima facie* evidence of the driver's negligence. The trial

cule a quitté la route. En cas de pluie abondante, de 12,5 à 38 mm d'eau peut s'accumuler dans cette dépression. À son avis, le conducteur qui se dirigerait en ligne droite à cet endroit ne risquerait probablement pas de perdre le contrôle. Toutefois, s'il devait soudainement changer de direction pour éviter la flaque d'eau, ou exécuter toute autre manoeuvre subite, son véhicule pourrait faire de l'aquaplanage, surtout si ses pneus étaient usés. D'après le rapport de police, les deux pneus avant du véhicule étaient [TRADUCTION] «excessivement» usés, leur bande de roulement étant réduite à 4 mm et à 5 mm. Le policier a aussi témoigné que le flanc du pneu avant droit était coupé et la jante endommagée, ce qui tendait à indiquer que le pneu avait heurté une pierre ou un autre objet solide sur la chaussée. Selon lui, il était difficile de dire si une crevaison pouvait avoir entraîné une perte de contrôle et la sortie de route. Il a en outre reconnu que le conducteur pouvait avoir donné un coup de volant pour éviter un animal se trouvant sur la chaussée.

Le juge de première instance a conclu que la négligence n'avait pas été établie et a rejeté l'action. La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel.

II. Historique des procédures judiciaires

Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1994] B.C.J. No. 716 (QL) (le juge Boyd)

Le juge de première instance a conclu que l'appelante n'avait pas établi, selon la prépondérance des probabilités, que la négligence du conducteur avait contribué aux blessures mortelles subies par Fontaine. Elle a estimé que le seul élément de preuve qui pouvait laisser croire qu'il y avait eu négligence était le fait que le véhicule avait quitté la route à une vitesse suffisante pour se frayer un chemin à travers des aulnes de petite taille et tomber dans le ruisseau. Toutefois, elle était d'avis qu'étant donné l'état de la route et le temps qu'il faisait, cette preuve était tout au plus neutre et n'indiquait pas que Loewen avait été négligent.

Elle a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel le fait que le véhicule avait quitté la route constituait une preuve *prima facie* de la négligence

judge also found that even if it were, the respondent had succeeded in producing several explanations for the accident that were equally consistent with no negligence. The onus remained on the plaintiff to prove negligence, on a balance of probabilities. Boyd J. held that the burden of proof had not been met and she dismissed the action.

British Columbia Court of Appeal (1996), 22 B.C.L.R. (3d) 371

(1) Gibbs J.A. (Proudfoot J.A. concurring)

Gibbs J.A. for the majority stated at p. 376 that “nothing in or about the vehicle, or in respect of the bodies inside, or elsewhere, points to negligence by the driver. It is, of course, possible to speculate but speculation does not discharge the burden of proof on a plaintiff.” He then distinguished this case from the numerous authorities referred to by the appellant, finding that in every one of those judgments there were proven facts from which inferences pointing to negligence could be drawn, whereas there were none here.

Gibbs J.A. found that, as in *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481, the trial judge held that there were explanations as consistent with no negligence as with negligence. The consequence of this finding was that *res ipsa loquitur* did not apply, the appellant was left with the burden of proof, and that burden not having been discharged, the case failed. In addition, he considered *res ipsa loquitur* was not available because the circumstances did not fall within the accepted definition of *res ipsa loquitur*, as the road and weather conditions at the relevant times were such that the accident could not be said to have happened “in the ordinary course of things” (p. 379).

du conducteur. Le juge de première instance a également statué que, même si c’était le cas, l’intimée avait réussi à donner, au sujet de l’accident, plusieurs explications qui pouvaient tout aussi bien indiquer l’absence de négligence. Il incombait toujours à la demanderesse d’établir la négligence, selon la prépondérance des probabilités. Le juge Boyd a décidé que l’on ne s’était pas acquitté de la charge de la preuve et elle a rejeté l’action.

Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1996), 22 B.C.L.R. (3d) 371

(1) Le juge Gibbs (avec l’appui du juge Proudfoot)

Le juge Gibbs a affirmé, au nom de la cour à la majorité, à la p. 376, que [TRADUCTION] «rien dans le véhicule ou à l’égard du véhicule ou des corps qui s’y trouvaient, ni aucun autre élément, n’indique qu’il y a eu négligence de la part du conducteur. Il est certes possible de conjecturer mais les conjectures ne dispensent pas le demandeur de la charge de preuve.» Il a ensuite établi une distinction entre la présente affaire et les nombreux précédents mentionnés par l’appelante, statuant que, dans chacun de ces précédents, il y avait des faits avérés qui permettaient de déduire l’existence de négligence, alors qu’il n’y en avait aucun en l’espèce.

Le juge Gibbs a décidé que, comme cela avait été le cas dans *National Trust Co. c. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481, le juge de première instance avait conclu à l’existence d’explications susceptibles de laisser croire autant à l’existence qu’à l’absence de négligence. La maxime *res ipsa loquitur* ne s’appliquait donc pas, l’appelante avait la charge de la preuve et, comme elle ne s’en était pas acquittée, l’action échouait. De plus, il a considéré que cette maxime ne pouvait pas être invoquée parce que les circonstances ne relevaient pas de la définition reconnue de la maxime *res ipsa loquitur*, vu que l’état de la route et les conditions météorologiques à l’époque pertinente étaient tels qu’il était impossible de dire que l’accident était survenu [TRADUCTION] «dans le cours normal des choses» (p. 379).

11

12

13 Gibbs J.A. noted that the trial judge appeared to have given little weight to the evidence on excessive wear of the front tires. He found that she did not err in that assessment. He agreed with the trial judge that the plaintiff had failed to prove negligence and dismissed the appeal.

(2) McEachern C.J., dissenting

14 McEachern C.J. held that the trial judge should have considered the plaintiff's negligence argument in light of cases where circumstantial evidence was key, having regard to the standards of proof established in *Gauthier & Co. v. The King*, [1945] S.C.R. 143. The Chief Justice found that a car leaving the roadway in the circumstances of this case was some evidence of negligence. In his view, the storm and its consequences did not assist the defendants, given that if the storm made driving hazardous, the driver was aware of the risk and should have taken greater care. Also, the worn condition of the front tires, for which Loewen was responsible, increased the risk when driving in a storm.

15 Absent an alternative explanation, McEachern C.J. concluded that it was probable the vehicle left the road because of the driver's negligence. He further observed that there was no evidence that this accident was caused by any of the agencies suggested by the trial judge. He said the authorities are clear that possible causes for which there is no evidence cannot be relied upon and concluded that the appeal be allowed with or without recourse to *res ipsa loquitur*.

III. Issues

- 16
1. When does *res ipsa loquitur* apply?
 2. What is the effect of invoking *res ipsa loquitur*?

Le juge Gibbs a souligné que le juge de première instance semblait avoir accordé peu de poids à la preuve d'usure excessive des pneus avant. Il a estimé qu'elle n'avait pas commis d'erreur à cet égard. Il était d'accord avec le juge de première instance pour dire que la demanderesse n'avait pas établi l'existence de négligence et il a rejeté l'appel.

(2) Le juge en chef McEachern, dissident

Le juge en chef McEachern a conclu que le juge de première instance aurait dû examiner l'argument de la négligence avancé par la demanderesse, en fonction de la jurisprudence reposant sur une preuve circonstancielle eu égard aux normes de preuve établies dans *Gauthier & Co. c. The King*, [1945] R.C.S. 143. Le Juge en chef a statué qu'une sortie de route dans les circonstances de la présente affaire tendait à prouver la négligence. À son avis, la tempête et ses conséquences n'étaient d'aucune utilité aux défendeurs, étant donné que, si la tempête avait rendu la conduite périlleuse, le conducteur était conscient des risques et aurait dû être plus prudent. En outre, l'usure des pneus avant, dont Loewen était responsable, augmentait les risques de la conduite pendant une tempête.

En l'absence d'autre explication, le juge en chef McEachern a conclu que le véhicule avait probablement quitté la route à cause de la négligence du conducteur. Il a aussi fait observer qu'il n'y avait aucune preuve que cet accident résultait de l'une ou l'autre des actions évoquées par le juge de première instance. Il a dit qu'il ressortait clairement de la jurisprudence que l'on ne pouvait pas, en l'absence de preuve, invoquer des causes possibles et il a conclu qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel en application de la maxime *res ipsa loquitur* ou sans égard à celle-ci.

III. Les questions en litige

1. Dans quels cas la maxime *res ipsa loquitur* s'applique-t-elle?
2. Quel est son effet lorsqu'elle est invoquée?

IV. AnalysisA. *When does res ipsa loquitur apply?*

Res ipsa loquitur, or “the thing speaks for itself”, has been referred to in negligence cases for more than a century. In *Scott v. London and St. Katherine Docks Co.* (1865), 3 H. & C. 596, 159 E.R. 665, at p. 596 and p. 667, respectively, Erle C.J. defined what has since become known as *res ipsa loquitur* in the following terms:

There must be reasonable evidence of negligence.

But where the thing is shewn to be under the management of the defendant or his servants, and the accident is such as in the ordinary course of things does not happen if those who have the management use proper care, it affords reasonable evidence, in the absence of explanation by the defendants, that the accident arose from want of care.

These factual elements have since been recast (see *Clerk & Lindsell on Torts* (13th ed. 1969), at para. 967, quoted with approval in *Jackson v. Millar*, [1976] 1 S.C.R. 225, at p. 235, and *Hellenius v. Lees*, [1972] S.C.R. 165, at p. 172):

The doctrine applies (1) when the thing that inflicted the damage was under the sole management and control of the defendant, or of someone for whom he is responsible or whom he has a right to control; (2) the occurrence is such that it would not have happened without negligence. If these two conditions are satisfied it follows, on a balance of probability, that the defendant, or the person for whom he is responsible, must have been negligent. There is, however, a further negative condition: (3) there must be no evidence as to why or how the occurrence took place. If there is, then appeal to *res ipsa loquitur* is inappropriate, for the question of the defendant's negligence must be determined on that evidence.

For *res ipsa loquitur* to arise, the circumstances of the occurrence must permit an inference of negligence attributable to the defendant. The strength or weakness of that inference will depend on the factual circumstances of the case. As described in *Canadian Tort Law* (5th ed. 1993), by Allen

IV. AnalyseA. *Dans quels cas la maxime res ipsa loquitur s'applique-t-elle?*

Cette maxime qui signifie «la chose parle d'elle-même» est invoquée dans des affaires de négligence depuis plus d'un siècle. Dans *Scott c. London and St. Katherine Docks Co.* (1865), 3 H. & C. 596, 159 E.R. 665, aux pp. 596 et 667 respectivement, le juge en chef Erle a défini ce qui est devenu connu sous le nom de *res ipsa loquitur*:

[TRADUCTION] Il doit y avoir une preuve raisonnable de négligence.

Cependant, lorsque l'on démontre que la chose est sous la direction du défendeur ou de ses préposés, et que l'accident est de ceux qui ne se produisent pas dans le cours normal des choses si les responsables font preuve de diligence suffisante, il y a, en l'absence d'une explication de la part du défendeur, une preuve raisonnable que l'accident est imputable à un manque de diligence.

Ces éléments factuels ont depuis été reformulés (voir *Clerk & Lindsell on Torts* (13^e éd. 1969), au par. 967, cité et approuvé dans *Jackson c. Millar*, [1976] 1 R.C.S. 225, à la p. 235, et *Hellenius c. Lees*, [1972] R.C.S. 165, à la p. 172):

[TRADUCTION] La règle s'applique (1) lorsque la chose qui a causé le dommage est uniquement sous la direction et le contrôle du défendeur, ou de quelqu'un dont il est responsable ou qu'il a le droit de diriger; (2) les circonstances sont telles que l'accident ne se serait pas produit s'il n'y avait pas eu négligence. Si ces deux conditions se rencontrent, il s'ensuit, selon la prépondérance des probabilités, que le défendeur ou la personne dont il est responsable a dû être négligent. Il existe cependant une autre condition de caractère négatif: (3) il ne doit exister aucune preuve quant aux causes ou aux circonstances de ce qui s'est produit. Si cette preuve-là existe, il ne convient pas de recourir à la règle *res ipsa loquitur*, car c'est sur cette preuve que la détermination de la question de négligence doit se fonder.

Pour que la maxime *res ipsa loquitur* s'applique, les circonstances de l'événement doivent permettre de déduire l'existence d'une négligence imputable au défendeur. La force ou la faiblesse de cette déduction dépendra des faits de l'affaire. Comme l'affirme Allen M. Linden, dans *La responsabilité*

17

18

19

M. Linden, at p. 233, “[t]here are situations where the facts merely whisper negligence, but there are other circumstances where they shout it aloud.”

20

As the application of *res ipsa loquitur* is highly dependent upon the circumstances proved in evidence, it is not possible to identify in advance the types of situations in which *res ipsa loquitur* will arise. The application of *res ipsa loquitur* in previous decisions may provide some guidance as to when an inference of negligence may be drawn, but it does not serve to establish definitive categories of when *res ipsa loquitur* will apply. It has been held on numerous occasions that evidence of a vehicle leaving the roadway gives rise to an inference of negligence. Whether that will be so in any given case, however, can only be determined after considering the relevant circumstances of the particular case.

21

Where there is direct evidence available as to how an accident occurred, the case must be decided on that evidence alone. K. M. Stanton in *The Modern Law of Tort* (1994), stated at p. 76:

Res ipsa loquitur only operates to provide evidence of negligence in the absence of an explanation of the cause of the accident. If the facts are known, the inference is impermissible and it is the task of the court to review the facts and to decide whether they amount to the plaintiff having satisfied the burden of proof which is upon him.

See also R. P. Balkin and J. L. R. Davis, *Law of Torts* (2nd ed. 1996), at p. 289; Lewis Klar in *Tort Law* (2nd ed. 1996), at p. 421.

22

Finally, the phrase “in the ordinary course of things” in the passage quoted from *St. Katherine Docks*, *supra*, has been the source of some confusion. It has been suggested that the circumstances themselves must be ordinary in order for *res ipsa loquitur* to apply. That is not necessarily true. The question that must be asked is whether, in the particular circumstances established by the evidence, the accident would ordinarily occur in the absence of negligence. Granted, some circumstances may be so extraordinary or unusual that it cannot be said with any degree of certainty what would ordi-

civile délictuelle (4^e éd. 1988), à la p. 275, «[d]ans certaines situations, les faits soulèvent un soupçon de négligence; dans d’autres, ils accusent.»

Comme l’application de la maxime *res ipsa loquitur* dépend fortement des circonstances établies en preuve, il est impossible de préciser à l’avance les genres de cas où la maxime s’appliquera. L’application de la maxime *res ipsa loquitur* dans la jurisprudence peut guider quant aux cas où l’existence de négligence peut être déduite, mais elle ne permet pas d’établir des catégories définitives de cas où elle s’appliquera. On a décidé à maintes reprises que la preuve d’une sortie de route d’un véhicule permet de déduire l’existence de négligence. La question de savoir s’il en est ainsi dans un cas donné ne peut être tranchée qu’après avoir examiné les circonstances pertinentes de l’affaire.

Quand il existe une preuve directe quant à la façon dont un accident est survenu, l’affaire doit être tranchée en fonction de cette preuve seulement. K. M. Stanton affirme dans *The Modern Law of Tort* (1994), à la p. 76:

[TRADUCTION] La maxime *res ipsa loquitur* n’a pour effet d’établir l’existence de négligence qu’en absence d’explication de la cause de l’accident. Si les faits sont connus, les déductions ne sont pas permises et il incombe au tribunal d’examiner les faits et de décider s’ils révèlent que le demandeur s’est acquitté de la charge de la preuve qui lui incombait.

Voir aussi R. P. Balkin et J. L. R. Davis, dans *Law of Torts* (2^e éd. 1996), à la p. 289; Lewis Klar, dans *Tort Law* (2^e éd. 1996), à la p. 421.

Enfin, l’expression «dans le cours normal des choses» qu’on trouve dans l’extrait précité de la décision *St. Katherine Docks* a engendré une certaine confusion. D’aucuns ont affirmé que les circonstances elles-mêmes doivent être normales pour que la maxime *res ipsa loquitur* s’applique. Ce n’est pas nécessairement vrai. Il faut se demander si, compte tenu des circonstances particulières établies en preuve, l’accident se produirait normalement en l’absence de négligence. Ainsi, certaines circonstances peuvent être si extraordinaires ou inusitées qu’il est impossible de dire avec certitude

narily happen in those circumstances. In such cases, *res ipsa loquitur* will not apply. In other cases, expert evidence may be presented to assist the trier of fact in understanding what would ordinarily occur in a given set of circumstances.

B. *Effect of the application of res ipsa loquitur*

As in any negligence case, the plaintiff bears the burden of proving on a balance of probabilities that negligence on the part of the defendant caused the plaintiff's injuries. The invocation of *res ipsa loquitur* does not shift the burden of proof to the defendant. Rather, the effect of the application of *res ipsa loquitur* is as described in *The Law of Evidence in Canada* (1992), by John Sopinka, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant, at p. 81:

Res ipsa loquitur, correctly understood, means that circumstantial evidence constitutes reasonable evidence of negligence. Accordingly, the plaintiff is able to overcome a motion for a non-suit and the trial judge is required to instruct the jury on the issue of negligence. The jury may, but need not, find negligence: a permissible fact inference. If, at the conclusion of the case, it would be equally reasonable to infer negligence or no negligence, the plaintiff will lose since he or she bears the legal burden on this issue. Under this construction, the maxim is superfluous. It can be treated simply as a case of circumstantial evidence.

Should the trier of fact choose to draw an inference of negligence from the circumstances, that will be a factor in the plaintiff's favour. Whether that will be sufficient for the plaintiff to succeed will depend on the strength of the inference drawn and any explanation offered by the defendant to negate that inference. If the defendant produces a reasonable explanation that is as consistent with no negligence as the *res ipsa loquitur* inference is with negligence, this will effectively neutralize the inference of negligence and the plaintiff's case must fail. Thus, the strength of the explanation that the defendant must provide will vary in accordance

ce qui se produirait normalement en présence de celles-ci. Dans de tels cas, la maxime *res ipsa loquitur* ne s'appliquera pas. Dans d'autres cas, il sera possible de produire un témoignage d'expert afin d'aider le juge des faits à comprendre ce qui se produirait normalement dans des circonstances données.

B. *Effet de l'application de la maxime res ipsa loquitur*

Comme dans toute affaire de négligence, le demandeur a la charge d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que ses blessures résultent de la négligence du défendeur. Invoquer la maxime *res ipsa loquitur* ne transfère pas la charge de la preuve au défendeur. Son application a plutôt l'effet décrit par John Sopinka, Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant dans *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 81:

[TRADUCTION] Bien comprise, la maxime *res ipsa loquitur* signifie que la preuve circonstancielle constitue une preuve raisonnable de négligence. Par conséquent, le demandeur peut faire rejeter une demande de non-lieu et le juge de première instance est tenu de donner des directives au jury sur la question de la négligence. Le jury peut, sans toutefois y être tenu, conclure à la négligence: une conclusion de fait acceptable. Si, à la fin des débats, il est tout aussi raisonnable de conclure à la négligence qu'à l'absence de négligence, le demandeur perd car c'est à lui qu'incombe la charge ultime sur ce point. Ainsi comprise, la maxime est superflue. Elle peut être considérée simplement comme un exemple de preuve circonstancielle.

Si le juge des faits décide de déduire l'existence de négligence à partir des circonstances, cela jouera en faveur du demandeur. La question de savoir si ce sera suffisant pour que le demandeur ait gain de cause dépendra de la force de la déduction effectuée et de l'explication fournie par le défendeur pour la réfuter. Si le défendeur donne une explication raisonnable qui est aussi compatible avec l'absence de négligence que la déduction fondée sur la maxime *res ipsa loquitur* l'est avec l'existence de négligence, cela a pour effet de neutraliser la déduction de l'existence de négligence et l'action du demandeur doit échouer. Ainsi, la force

with the strength of the inference sought to be drawn by the plaintiff.

25

The procedural effect of *res ipsa loquitur* was lucidly described by Cecil A. Wright in "Res Ipsa Loquitur" (*Special Lectures of the Law Society of Upper Canada (1955), Evidence*, pp. 103-36), and more recently summarized by Klar in *Tort Law, supra*, at pp. 423-24:

If the plaintiff has no direct or positive evidence which can explain the occurrence and prove that the defendant was negligent, appropriate circumstantial evidence, as defined by the maxim *res ipsa loquitur*, may be introduced. Should the defendant, at this stage of the proceeding, move for a nonsuit, on the basis that the plaintiff's evidence has not even made out a *prima facie* case for it to answer, the practical effect of the maxim will come into play. The court will be required to judge whether a reasonable trier of fact could, from the evidence introduced, find an inference of the defendant's negligence. That is, could a reasonable jury find that on these facts the maxim *res ipsa loquitur* applies? If it could so find, the motion for a nonsuit must be dismissed. If such an inference could not reasonably be made, the motion must be granted. In other words, the maxim, at the least, will get the plaintiff past a nonsuit.

This, however, does not end the matter. What, if anything, must the defendant do at this point? In theory, where the case is being tried by a judge and jury, the defendant still need not do anything. Although the judge has decided that as a matter of law it would not be an error for the trier of fact to find for the plaintiff on the basis of the circumstantial evidence which has been introduced, it is still up to the jury to decide whether it has been sufficiently persuaded by such evidence. In other words, the judge has decided that as a matter of law, the maxim can apply. Whether as a question of fact it does, is up to the jury. The jury may decide, therefore, that even despite the defendant's failure to call evidence, the circumstantial evidence ought not to be given sufficient weight to discharge the plaintiff's onus. Thus, even if a defendant has decided not to introduce evidence, a trial judge should not, in an action tried by judge and jury, either take the case from the jury and enter judgment for the plaintiff, or direct the jury to return a verdict in favour of the plaintiff. It is up to the

de l'explication que doit fournir le défendeur variera en fonction de la force de la déduction que le demandeur cherche à faire.

L'effet de la maxime *res ipsa loquitur* sur le plan de la procédure a été décrit de manière limpide par Cecil A. Wright, dans «Res Ipsa Loquitur» (*Special Lectures of the Law Society of Upper Canada (1955), Evidence*, aux pp. 103 à 136), et plus récemment résumé par Klar dans *Tort Law, op. cit.*, aux pp. 423 et 424:

[TRADUCTION] Si le demandeur ne dispose d'aucune preuve directe ou positive qui puisse expliquer l'événement survenu et prouver que le défendeur a été négligent, une preuve circonstancielle appropriée, au sens de la maxime *res ipsa loquitur*, peut être produite. Si le défendeur présente, à cette étape des procédures, une demande de non-lieu pour le motif que le demandeur n'a même pas produit de preuve *prima facie* à laquelle il peut répondre, l'effet pratique de la maxime entrera en jeu. Le tribunal devra décider si un juge des faits raisonnable pouvait déduire, de la preuve produite, l'existence de négligence de la part du défendeur. Autrement dit, un jury raisonnable pouvait-il conclure que, d'après ces faits, la maxime *res ipsa loquitur* s'applique? Dans l'affirmative, la demande de non-lieu doit être rejetée. S'il n'était pas raisonnable de faire une telle déduction, la demande doit être accueillie. En d'autres termes, la maxime permet à tout le moins au demandeur d'éviter un non-lieu.

Cela ne met cependant pas fin à l'affaire. Que doit faire à ce moment-là le défendeur, si tant est qu'il doive agir? En théorie, s'il s'agit d'un procès devant un juge et un jury, il n'a toujours pas à faire quoi que ce soit. Bien que le juge ait décidé qu'en droit le juge des faits ne commettrait pas d'erreur s'il statuait en faveur du demandeur sur la foi de la preuve circonstancielle produite, il appartient toujours au jury de décider s'il est suffisamment convaincu par cette preuve. Autrement dit, le juge a décidé qu'en droit la maxime peut s'appliquer. La question de savoir si elle s'applique est une question de fait qui relève du jury. Celui-ci peut donc décider que, même en dépit de l'omission du défendeur de produire une preuve, on ne devrait pas accorder à la preuve circonstancielle un poids suffisant pour que l'obligation du demandeur s'en trouve acquittée. En conséquence, même si un défendeur a décidé de ne produire aucune preuve, le juge, s'il s'agit d'un procès devant un juge et un jury, ne devrait pas dessaisir le jury et inscrire un jugement en faveur du demandeur, ni

trial judge to determine whether the maxim can apply, but up to the jury to decide whether it does apply.

Whatever value *res ipsa loquitur* may have once provided is gone. Various attempts to apply the so-called doctrine have been more confusing than helpful. Its use has been restricted to cases where the facts permitted an inference of negligence and there was no other reasonable explanation for the accident. Given its limited use it is somewhat meaningless to refer to that use as a doctrine of law.

It would appear that the law would be better served if the maxim was treated as expired and no longer used as a separate component in negligence actions. After all, it was nothing more than an attempt to deal with circumstantial evidence. That evidence is more sensibly dealt with by the trier of fact, who should weigh the circumstantial evidence with the direct evidence, if any, to determine whether the plaintiff has established on a balance of probabilities a *prima facie* case of negligence against the defendant. Once the plaintiff has done so, the defendant must present evidence negating that of the plaintiff or necessarily the plaintiff will succeed.

C. Application to this case

In this appeal, the trial judge had to consider whether there was direct evidence from which the cause of the accident could be determined, or, failing that, whether there was circumstantial evidence from which it could be inferred that the accident was caused by negligence attributable to Loewen.

The trial judge found that the only potential evidence of negligence on Loewen's part concerned the fact that the vehicle left the roadway and was travelling with sufficient momentum to break a path through some small trees. She concluded that, when taken together with other evidence concerning the road and weather conditions, this was no more than neutral evidence and did not point to any negligence on Loewen's part. That conclusion was not unreasonable in light of the evidence,

ordonner au jury de rendre un verdict en faveur de ce dernier. Il incombe au juge de déterminer si la maxime peut s'appliquer, mais il appartient au jury de décider si elle s'applique effectivement.

Quelle que soit la valeur que la maxime *res ipsa loquitur* a pu avoir dans le passé, elle ne l'a plus maintenant. Diverses tentatives d'appliquer cette prétendue règle ont été plus déroutantes qu'utiles. Son utilisation a été limitée aux cas où les faits permettaient de déduire la négligence et où on ne disposait d'aucune autre explication raisonnable de l'accident. Vu cet usage restreint, il est quelque peu exagéré de le qualifier de règle de droit.

Il semblerait que le droit s'en porterait mieux si la maxime était tenue pour périmée et n'était plus utilisée comme une notion distincte dans les actions pour négligence. Après tout, elle ne représentait rien de plus qu'une tentative de traiter de la preuve circonstancielle. Il est plus logique que le juge des faits traite de cette preuve en la soupesant en fonction de la preuve directe, s'il en est, pour décider si le demandeur a établi, selon la prépondérance des probabilités, une preuve *prima facie* de la négligence du défendeur. Une fois que le demandeur a fait cela, le défendeur doit produire une preuve réfutant celle du demandeur, sans quoi ce dernier aura nécessairement gain de cause.

C. Application à la présente affaire

En l'espèce, le juge de première instance devait examiner s'il y avait une preuve directe qui permettait de déterminer la cause de l'accident ou, à défaut d'une telle preuve, s'il y avait une preuve circonstancielle qui permettait de déduire que l'accident était imputable à la négligence de Loewen.

Le juge de première instance a conclu que la seule preuve possible de négligence de la part de Loewen résidait dans le fait que le véhicule avait quitté la route à une vitesse suffisante pour se frayer un chemin à travers quelques petits arbres. Elle a conclu que, dans le contexte des autres éléments de preuve concernant l'état de la route et les conditions météorologiques, il s'agissait tout au plus d'une preuve neutre qui n'indiquait aucune négligence de la part de Loewen. Cette conclusion

26

27

28

29

which at most established that the vehicle was moving in a forward direction at the time of the accident, with no indication that it was travelling at an excessive rate of speed.

30 There was some evidence about “excessive wear” on the front tires of the vehicle. In commenting upon this evidence, Gibbs J.A. for the majority of the Court of Appeal stated at p. 379:

The fact was stated thus in an accident investigation report: “The front tires showed excessive wear with only 4 mm. LF and 5 mm. RF tread depth”. The author of the report was not called as a witness. The evidence does not disclose whether the witness who was asked about the effect of “excessive” wear had himself measured the tires as well as observing the wear. There was no evidence of where on the tires the measurement was taken or of whether the wear was uniform over the tires. Perhaps most importantly, there was no evidence of what the tread depth of an unworn tire of that make and style would be, whatever the make and style was. So there was no standard against which to measure the 4 and 5 mm., and no way for the court to attach an objective meaning to the observer’s subjective description of “excessive” wear.

In light of these deficiencies in the evidence, I agree with Gibbs J.A. that the trial judge did not err when she apparently treated this evidence as of negligible value.

31 There are a number of reasons why the circumstantial evidence in this case does not discharge the plaintiff’s onus. Many of the circumstances of the accident, including the date, time and precise location, are not known. Although this case has proceeded on the basis that the accident likely occurred during the weekend of November 9, 1990, that is only an assumption. There are minimal if any evidentiary foundations from which any inference of negligence could be drawn.

32 As well, there was evidence before the trial judge that a severe wind and rainstorm was raging at the presumed time of the accident. While it is true that such weather conditions impose a higher

n’était pas déraisonnable compte tenu de la preuve, laquelle établissait tout au plus que le véhicule avançait au moment de l’accident, et n’indiquait pas qu’il se déplaçait à une vitesse excessive.

Il y avait une preuve que les pneus avant du véhicule étaient «excessivement usés». À propos de cette preuve, le juge Gibbs a affirmé, au nom de la Cour d’appel à la majorité (à la p. 379):

[TRADUCTION] La situation a été exposée ainsi dans un rapport d’enquête: «Les pneus avant étaient excessivement usés, la bande de roulement du pneu gauche étant réduite à 4 mm, et celle du pneu droit, à 5 mm». L’auteur du rapport n’a pas été assigné comme témoin. La preuve ne révèle pas si le témoin interrogé au sujet de l’effet de l’usure «excessive» avait lui-même mesuré les pneus et observé l’usure. Il n’y avait aucune preuve indiquant où la mesure avait été prise sur les pneus, ou encore si les pneus étaient usés uniformément. Ce qui est peut-être plus important, il n’y avait aucune preuve indiquant quelle serait l’épaisseur de la bande de roulement d’un pneu neuf de la même marque et du même modèle, quelle que soit la marque ou le modèle. Il n’y avait donc aucune norme à laquelle pouvaient être comparés les 4 mm et 5 mm mesurés, ni aucun moyen pour le tribunal d’interpréter objectivement la description subjective que l’observateur avait faite de l’usure «excessive».

Compte tenu de ces lacunes de la preuve, je suis d’accord avec le juge Gibbs pour dire que le juge de première instance n’a pas commis d’erreur en attribuant apparemment une valeur négligeable à cette preuve.

Il y a un certain nombre de raisons pour lesquelles la preuve circonstancielle en l’espèce ne permet pas à la demanderesse de s’acquitter de son obligation. Bien des circonstances de l’accident, dont la date, l’heure et le lieu précis, sont inconnues. Quoique l’on ait tenu pour acquis, en l’espèce, que l’accident était survenu durant la fin de semaine du 9 novembre 1990, ce n’est là qu’une hypothèse. La preuve, s’il en est, qui permettrait de déduire l’existence de négligence est minime.

De même, le juge de première instance disposait d’une preuve qu’un vent très fort, accompagné d’une pluie torrentielle, soufflait au moment présumé de l’accident. Même s’il est vrai que de telles

standard of care on drivers to take increased precautions, human experience confirms that severe weather conditions are more likely to produce situations where accidents occur and vehicles leave the roadway regardless of the degree of care taken. In these circumstances, it should not be concluded that the accident would ordinarily not have occurred in the absence of negligence.

If an inference of negligence might be drawn in these circumstances, it would be modest. The trial judge found that the defence had succeeded in producing alternative explanations of how the accident may have occurred without negligence on Loewen's part. Most of the explanations offered by the defendants were grounded in the evidence and were adequate to neutralize whatever inference the circumstantial evidence could permit to be drawn. The trial judge's finding was not unreasonable and should not be interfered with on appeal.

The finding of facts and the drawing of evidentiary conclusions from those facts is the province of the trial judge, and an appellate court must not interfere with a trial judge's conclusions on matters of fact unless there is palpable or overriding error: see *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, at p. 121 *per* McLachlin J. There is no indication that the trial judge committed a palpable or overriding error here.

The appellant submitted that an inference of negligence should be drawn whenever a vehicle leaves the roadway in a single-vehicle accident. This bald proposition ignores the fact that whether an inference of negligence can be drawn is highly dependent upon the circumstances of each case: see *Gauthier & Co.*, *supra*, at p. 150. The position advanced by the appellant would virtually subject the defendant to strict liability in cases such as the present one.

conditions météorologiques forcent les conducteurs à être plus prudents, l'expérience humaine confirme que, lorsque les conditions météorologiques sont très mauvaises, les accidents et les sorties de route sont plus susceptibles de survenir, peu importe la prudence dont font preuve les conducteurs. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de conclure que l'accident ne serait pas survenu normalement en l'absence de négligence.

Si une déduction de négligence était possible dans ces circonstances, elle serait atténuée. Le juge de première instance a statué que la défense avait réussi à donner d'autres explications de la façon dont l'accident pouvait être survenu sans qu'il y ait eu négligence de la part de Loewen. La plupart des explications offertes par les défendeurs étaient fondées sur la preuve et étaient suffisantes pour neutraliser toute déduction que la preuve circonstancielle pouvait permettre de faire. La conclusion du juge de première instance n'était pas déraisonnable et ne devrait pas être modifiée en appel.

Il appartient au juge de première instance d'établir les faits et d'en tirer des conclusions en matière de preuve, et une cour d'appel ne doit modifier les conclusions du juge de première instance sur des questions de fait que si celui-ci a commis une erreur manifeste ou dominante: voir *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, à la p. 121, le juge McLachlin. Rien n'indique que le juge de première instance a commis une erreur manifeste ou dominante en l'espèce.

L'appelante a soutenu qu'il y a lieu de déduire l'existence de négligence chaque fois qu'un véhicule quitte la route dans le cadre d'un accident impliquant un seul véhicule. Cette simple proposition ne tient pas compte du fait que la possibilité de déduire l'existence de négligence dépend fortement des circonstances de chaque affaire: voir *Gauthier & Co.*, précité, à la p. 150. La proposition de l'appelante assujettirait pratiquement le défendeur à une responsabilité stricte dans des cas comme la présente affaire.

33

34

35

V. Disposition

36

The trial judge did not err in concluding based on either the direct or circumstantial evidence or both that the plaintiff failed to establish on a balance of probabilities that the accident occurred as a result of negligence attributable to Loewen. The appeal is therefore dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Swinton & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Ladner Downs, Vancouver.

V. Dispositif

Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant, en fonction de la preuve directe ou de la preuve circonstancielle, ou des deux à la fois, que la demanderesse n'avait pas établi, selon la prépondérance des probabilités, que l'accident était imputable à la négligence de Loewen. Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Swinton & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Ladner Downs, Vancouver.

**John David Lucas and Johanna Erna
Lucas Appellants**

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario, the Attorney
General of Manitoba and the Canadian
Civil Liberties Association Intervenors**

INDEXED AS: R. v. LUCAS

File No.: 25177.

1997: October 15; 1998: April 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom
of expression — Accused convicted of defamatory libel
— Whether defamatory libel provisions in Criminal
Code infringe right to freedom of expression — If so,
whether infringement justifiable — Canadian Charter of
Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code,
R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 298, 299, 300.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-
mental justice — Vagueness — Accused convicted of
defamatory libel — Whether defamatory libel provisions
in Criminal Code so vague that they violate principles
of fundamental justice — Canadian Charter of Rights
and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c.
C-46, ss. 298, 299, 300.*

*Criminal law — Defamatory libel — Mens rea —
Offence of defamatory libel requiring knowledge of fal-
sity and intention to defame — Trial judge erroneously
holding that mens rea requirement satisfied by proof that
accused should have known that statements were false*

* Sopinka J. took no part in the judgment.

**John David Lucas et Johanna Erna
Lucas Appelants**

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

**Le procureur général du Canada, le
procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Manitoba et
l'Association canadienne des libertés
civiles Intervenants**

RÉPERTORIÉ: R. c. LUCAS

N° du greffe: 25177.

1997: 15 octobre; 1998: 2 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté
d'expression — Accusés déclarés coupables de libelle
diffamatoire — Les dispositions du Code criminel rela-
tives au libelle diffamatoire portent-elles atteinte au
droit à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative,
cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne
des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel,
L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 298, 299, 300.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice
fondamentale — Imprécision — Accusés déclarés cou-
pables de libelle diffamatoire — Les dispositions du
Code criminel relatives au libelle diffamatoire sont-elles
imprécises au point de violer les principes de justice
fondamentale? — Charte canadienne des droits et
libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985),
ch. C-46, art. 298, 299, 300.*

*Droit criminel — Libelle diffamatoire — Mens rea —
Infraction de libelle diffamatoire requérant la connais-
sance de la fausseté et l'intention de diffamer — Juge du
procès commettant une erreur en concluant que l'on a
satisfait à l'exigence de mens rea par la preuve que les*

* Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

— *Whether there is sufficient evidence that accused had subjective knowledge of falsity of defamatory statements to uphold their convictions.*

A police officer investigated allegations of sexual abuse made by three children. As a result of the investigation, criminal charges were laid against a number of individuals, but many of the charges were subsequently withdrawn or stayed. During the course of his investigation, the officer had been informed that one of the children had sexually assaulted his sisters on numerous occasions and that the people who ran the special care foster home where the children had been placed were unable to stop him. However, as a result of his reliance upon the opinion of the children's therapist, the officer kept them together in the same home. The appellant Mr. L was active in a prisoners' rights group. Four of the individuals whose charges had been stayed provided him with all of the information and documentation they possessed regarding the charges. On the basis of these documents, the appellants apparently understood that one of the children had raped, sodomized and tortured one of his sisters and repeatedly participated in sexual activities with the other sister. They concluded that the officer had knowledge of what was transpiring and that he had a duty to intervene. As a result, the appellants and a small group of others picketed outside the provincial court and the police headquarters where the officer worked. Mrs. L was carrying a sign prepared by her husband which read on one side: "Did [the officer] just allow or help with the rape/sodomy of an 8 year old?" and on the other side: "If you admit it [officer] then you might get help with your touching problem." She was arrested and charged with defamatory libel under ss. 300 and 301 of the *Criminal Code*. The following day, Mr. L again picketed in front of the provincial court and police headquarters. This time, he carried a sign with a similar statement. He was subsequently arrested and also charged under ss. 300 and 301. At trial, the appellants argued that their freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been infringed. The trial judge agreed but concluded that s. 300 was saved by s. 1 of the *Charter*. He found both of the appellants guilty of defamatory libel under s. 300 and held that they should have known that the

accusés auraient dû savoir que les déclarations étaient fausses — Y a-t-il une preuve suffisante que les accusés avaient une connaissance subjective de la fausseté des déclarations diffamatoires pour que leurs déclarations de culpabilité soient confirmées?

Un policier a enquêté sur des allégations d'agression sexuelle émanant de trois enfants. À la suite de l'enquête, des accusations criminelles ont été portées contre plusieurs personnes, mais bon nombre de ces accusations ont subséquemment été retirées ou ont fait l'objet d'un arrêt de procédures. Au cours de son enquête, le policier avait été informé que l'un des enfants avait agressé sexuellement ses sœurs à maintes reprises et que les gens qui dirigeaient le foyer d'accueil offrant des soins spéciaux, où les enfants avaient été placés, étaient incapables de l'arrêter. Cependant, parce qu'il se fiait à l'opinion de la thérapeute des enfants, le policier les a laissés ensemble dans le même foyer. L'appelant M. L était membre actif d'un groupe de défense des droits des détenus. Quatre des personnes visées par un arrêt des procédures lui ont fourni toute l'information et toute la documentation qu'elles possédaient au sujet des accusations. Sur la foi de ces documents, les appelants ont apparemment compris que l'un des enfants avait violé, sodomisé et torturé l'une de ses sœurs et qu'il s'était livré, à maintes reprises, à des activités sexuelles avec son autre sœur. Ils ont conclu que le policier savait ce qui se passait et qu'il avait le devoir d'intervenir. En conséquence, les appelants et un petit groupe d'autres personnes ont piqueté à l'extérieur de la cour provinciale et du quartier général de la police, où travaillait le policier. Madame L portait une affiche préparée par son mari, sur laquelle on pouvait lire d'un côté: «Le [policier] a-t-il seulement permis qu'une enfant de 8 ans soit victime de viol ou de sodomie ou y a-t-il contribué?»; et de l'autre côté: «Si tu reconnais cela, [le policier], tu pourras alors peut-être obtenir de l'aide pour ton problème d'attouchement.» Elle a été arrêtée et accusée de libelle diffamatoire en vertu des art. 300 et 301 du *Code criminel*. Le lendemain, M. L piquetait encore devant la cour provinciale et le quartier général de la police. Cette fois, il portait une affiche sur laquelle était inscrite une déclaration similaire. Il a subséquemment été arrêté et accusé en vertu des art. 300 et 301. Au procès, les appelants ont fait valoir qu'il y avait eu violation de leur liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès leur a donné raison, mais a conclu que l'art. 300 était sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Il a déclaré les deux appelants coupables de libelle diffamatoire au sens de l'art. 300 et a statué qu'ils auraient dû savoir que les déclarations inscrites sur leurs affiches étaient fausses.

statements on their placards were false. The Court of Appeal upheld the convictions.

Held (McLachlin and Major JJ. dissenting on Mrs. L's appeal): The appeals should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory, Iacobucci and Bastarache JJ.: The defamatory libel provisions in ss. 298, 299 and 300 of the *Code* are not so vague that they infringe s. 7 of the *Charter*. The wording of the sections makes it abundantly clear what kind of conduct is the subject of legal restrictions. Section 298 specifies the types of published matter which are targeted, while s. 299 restricts liability to specific modes of publication. As well, ss. 298 to 300 give a sufficient indication as to how prosecutorial decisions must be reached. Nor are the impugned sections too vague to constitute a limit prescribed by law within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

While, as properly conceded by the Crown, ss. 298, 299 and 300 of the *Code* contravene the guarantee of freedom of expression provided by s. 2(b) of the *Charter* since the very purpose of these sections is to prohibit a particular type of expression, subject to the severance of part of s. 299(c) they can be upheld as a justifiable limit under s. 1 of the *Charter*.

The objective of the impugned provisions, which is the protection of the reputation of individuals, is a pressing and substantial one in our society. The protection of an individual's reputation from wilful and false attack recognizes both the innate dignity of the individual and the integral link between reputation and the fruitful participation of an individual in Canadian society. As well, the measures adopted are rationally connected to the objective in question.

With respect to minimal impairment, it is particularly important at this stage to bear in mind the negligible value of defamatory expression, which significantly reduces the burden on the Crown to demonstrate that the provision is minimally impairing. While on its face s. 300 requires but one form of *mens rea*, namely knowledge of falsity, and there is no express requirement that an accused have an intention to defame, a historical review of the application of *mens rea* in the context of defamatory libel and the application of traditional principles of statutory interpretation lead inevitably to the conclusion that such an intention is required and that s. 300 should be read accordingly. The

La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité.

Arrêt (les juges McLachlin et Major sont dissidents quant au pourvoi de M^{me} L): Les pourvois sont rejetés.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Bastarache: Les dispositions en matière de libelle diffamatoire des art. 298, 299 et 300 du *Code* ne sont pas imprécises au point de violer l'art. 7 de la *Charte*. Le texte de ces articles précise très clairement quel genre de conduite est assujéti à des restrictions légales. L'article 298 énonce les types de matière publiée qui sont ciblés, alors que l'art. 299 limite la responsabilité à certains modes de publication. De même, les art. 298 à 300 donnent suffisamment d'indication quant à la manière dont les décisions de la poursuite doivent être prises. Les articles contestés ne sont pas non plus trop imprécis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*.

Même si, comme le ministère public l'a reconnu à juste titre, les art. 298, 299 et 300 du *Code* contreviennent à la garantie de liberté d'expression contenue à l'al. 2b) de la *Charte*, étant donné que l'objet même de ces articles est d'interdire une forme particulière d'expression, leur validité peut, sous réserve de la suppression d'une partie de l'al. 299c), être confirmée pour le motif qu'ils constituent une restriction justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*.

L'objectif des dispositions contestées, soit la protection de la réputation des personnes, est un objectif urgent et réel dans notre société. La protection de la réputation d'une personne contre les attaques mensongères délibérées reconnaît à la fois la dignité innée de la personne et le rapport intégral qui existe entre la réputation d'une personne et sa participation utile à la société canadienne. De même, les mesures adoptées ont un lien rationnel avec l'objectif en question.

En ce qui concerne la question de l'atteinte minimale, il est particulièrement important, à ce stade, de garder à l'esprit la valeur négligeable de l'expression diffamatoire, ce qui réduit sensiblement l'obligation du ministère public de démontrer que la disposition en cause ne porte qu'une atteinte minimale. Bien qu'à première vue l'art. 300 n'exige qu'une seule forme de *mens rea*, soit la connaissance de la fausseté, et qu'il n'y ait aucune exigence expresse que l'accusé ait l'intention de diffamer, l'historique de l'application de la *mens rea* dans le contexte du libelle diffamatoire et l'application des principes traditionnels d'interprétation des lois amènent inévitablement à conclure qu'une telle intention est requise

Crown can thus only make out the offence of defamatory libel if it proves beyond a reasonable doubt that the accused intended to defame the victim. This requirement places a sufficiently onerous burden on the Crown to make the *mens rea* aspect of the provision minimally intrusive. The defamatory libel provisions in the *Code* are not overbroad as a result of the civil remedy in libel which also protects the reputation of individuals. The harm addressed by s. 300 is so grave and serious that the imposition of a criminal sanction is not excessive but rather an appropriate response. However, s. 299(c) of the *Code* provides that a defamatory libel is published when the defamatory statement is shown or delivered "with intent that it should be read or seen by the person whom it defames". This portion of the defamatory libel scheme is too broad. Clearly, the fundamental element of libel is publication to a person other than the one defamed. Section 299(c) is so contrary to this principle that it cannot be justified. The phrase "by the person whom it defames or" should therefore be severed from s. 299(c) so that it reads "A person publishes a libel when he . . . shows or delivers it, or causes it to be shown or delivered, with intent that it should be read or seen by any other person". Obviously, the phrase "any other person" will not pertain to the situation where only the person defamed is shown the defamatory libel.

When freedom of expression is at issue, it is logical that the nature of the violation should be taken into consideration in determining whether an appropriate balance has been struck between the deleterious effects of the impugned legislative provisions on the infringed right and the salutary goals of that legislation. The further a particular form of expression departs from the values underlying freedom of expression, the lower will be the level of constitutional protection afforded to it. Defamatory libel is so far removed from the core values of freedom of expression that it merits but scant protection. The laudable objective of the defamatory libel provisions and their salutary effects on the protection of reputation far outweigh any negative impact on freedom of expression.

The placards displayed by the appellants fall within those parts of ss. 298 and 299 which are constitutionally valid: that is to say they were publicly displayed and objectively likely to injure a person's reputation. While the trial judge erred when he held that the *mens rea* requirement for s. 300 was satisfied by proof that the appellants should have known that the statements they

et que l'art. 300 devrait être interprété en conséquence. Le ministère public ne peut donc établir l'existence d'une infraction de libelle diffamatoire que s'il prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention de diffamer la victime. Cette condition impose au ministère public une charge de preuve suffisamment lourde pour faire de l'aspect *mens rea* de l'infraction une atteinte minimale. Les dispositions du *Code* relatives au libelle diffamatoire ne sont pas trop générales en raison du recours civil qui protège aussi la réputation des personnes contre le libelle. Le préjudice visé par l'art. 300 est si grave que l'imposition de sanctions criminelles n'est pas excessive, mais constitue plutôt une réponse appropriée. Cependant, l'al. 299c) du *Code* prévoit qu'un libelle diffamatoire est publié lorsqu'il est montré ou délivré «dans l'intention qu'il soit lu ou vu par la personne qu'il diffame». Cette partie du régime de libelle diffamatoire est trop générale. Il est clair que l'élément fondamental du libelle est la publication destinée à une personne autre que la personne diffamée. L'alinéa 299c) contrevient tellement à ce principe qu'il ne saurait être justifié. Les mots «par la personne qu'il diffame ou» devraient donc être retranchés de l'al. 299c) de manière à pouvoir lire: «Une personne publie un libelle lorsque, selon le cas [. . .] elle le montre ou le délivre, ou le fait montrer ou délivrer, dans l'intention qu'il soit lu ou vu par toute autre personne». Il est évident que les mots «toute autre personne» ne s'appliquent pas lorsque le libelle diffamatoire est montré uniquement à la personne diffamée.

Lorsque la liberté d'expression est en cause, il est logique de prendre en considération la nature de la violation pour déterminer si un équilibre approprié a été établi entre les effets préjudiciables des dispositions législatives contestées sur le droit violé et leurs objectifs bénéfiques. Plus une forme d'expression particulière s'éloigne des valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression, moins elle bénéficiera de la protection de la Constitution. Le libelle diffamatoire s'écarte tellement des valeurs centrales de la liberté d'expression qu'il ne mérite qu'une faible protection. L'objectif louable des dispositions concernant le libelle diffamatoire et leurs effets bénéfiques sur la protection de la réputation l'emportent largement sur toute incidence négative sur la liberté d'expression.

Les affiches des appelants relèvent des passages constitutionnellement valides des art. 298 et 299: c'est-à-dire qu'elles ont été montrées en public et qu'elles étaient objectivement de nature à nuire à la réputation d'une personne. Bien que le juge du procès ait commis une erreur en concluant que l'on avait satisfait à l'exigence de *mens rea* relative à l'art. 300 en établissant que les

published were false, there is ample evidence that the appellants had the requisite knowledge of falsity to uphold their conviction under s. 300.

Per L'Heureux-Dubé J.: Subject to agreement with McLachlin J.'s analysis under s. 1 of the *Charter*, Cory J.'s analysis and conclusions were concurred with.

Per Major J. (dissenting in part): Cory J.'s reasons are agreed with except with respect to the disposition of Mrs. L's appeal. It has long been established that an appellate court should exercise caution in upholding a conviction where, as here, the trial judge erred in applying an objective *mens rea* test when the *Criminal Code* required a subjective standard. There was no direct evidence that Mrs. L had subjective knowledge that the message portrayed on the placard she carried was false. If the trial judge had found that her knowledge was in fact based solely on the reports obtained by her husband, it might have been possible to infer that she had subjective knowledge of falsity. However, no such finding of fact was made. It is possible that Mrs. L's knowledge might have derived at least in part from what she was told by Mr. L, and she may therefore have believed that the message was true even though in fact it was not. In the absence of findings of fact by the trial judge related to subjective knowledge, there is insufficient evidence before this Court to prove beyond a reasonable doubt that Mrs. L knew that the messages on the placard she carried were false. Accordingly, her conviction must be set aside and, in light of the Crown's statement that in the circumstances the Crown would not proceed with a new trial, an acquittal directed.

Per McLachlin J. (dissenting in part): Cory J.'s reasons are agreed with except with respect to how the value of the expression at issue figures in the s. 1 analysis and with respect to the disposition of Mrs. L's appeal, which should be allowed for the reasons given by Major J. The content of the expression and its value fall for consideration only at the final stage of the proportionality analysis. To allow the perceived low value of the expression to lower the bar of justification from the outset is to run the risk that a judge's subjective conclusion that the expression at issue is of little worth may undermine the intellectual rigour of the *Oakes* test.

appelants auraient dû savoir que les déclarations qu'ils publiaient étaient fausses, la preuve montre amplement que ces derniers avaient la connaissance de la fausseté qui est requise pour confirmer leur déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 300.

Le juge L'Heureux-Dubé: Sous réserve d'un accord avec l'analyse à laquelle le juge McLachlin a procédé en vertu de l'article premier de la *Charte*, l'analyse et les conclusions du juge Cory sont acceptées.

Le juge Major (dissident en partie): Il y a accord avec les motifs du juge Cory, sauf en ce qui concerne la façon dont le pourvoi de M^{me} L est tranché. Il est établi depuis longtemps qu'une cour d'appel doit agir avec prudence lorsqu'elle confirme une déclaration de culpabilité dans une situation où, comme en l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en appliquant un critère de *mens rea* objectif alors que le *Code criminel* exige l'application d'un critère subjectif. Il n'y avait aucune preuve directe que M^{me} L avait une connaissance subjective de la fausseté du message inscrit sur l'affiche qu'elle portait. Si le juge du procès avait conclu que la connaissance qu'avait M^{me} L était, en réalité, fondée uniquement sur les rapports obtenus par son mari, il aurait peut-être été possible de déduire qu'elle avait une connaissance subjective de la fausseté des messages. Cependant, le juge du procès n'a tiré aucune conclusion de fait en ce sens. Il est possible que la connaissance qu'avait M^{me} L ait découlé, du moins en partie, de ce que lui avait dit M. L, et elle peut donc avoir cru que le message était vrai même si, en réalité, il ne l'était pas. Étant donné que le juge du procès n'a tiré aucune conclusion de fait relativement à la connaissance subjective, la Cour ne dispose d'aucune preuve suffisante pour établir hors de tout doute raisonnable que M^{me} L savait que les messages inscrits sur l'affiche qu'elle portait étaient faux. Sa déclaration de culpabilité doit donc être annulée et, vu que le ministère public a déclaré que, dans les circonstances, il n'entamerait pas un nouveau procès, l'acquiescement doit être ordonné.

Le juge McLachlin (dissidente en partie): Il y a accord avec les motifs du juge Cory, sauf pour ce qui est de la place de la valeur de l'expression en cause dans l'analyse fondée sur l'article premier, et de la façon de trancher le pourvoi de M^{me} L, qui devrait être accueilli pour les raisons exposées par le juge Major. Le contenu de l'expression et sa valeur n'entrent en ligne de compte qu'à l'étape finale de l'examen de la proportionnalité. Si on permet que la faible valeur apparente de l'expression abaisse le seuil de justification dès le début, on court le risque que la rigueur intellectuelle du critère de l'arrêt *Oakes* soit minée par la conclusion subjective d'un juge

Justice is better served if the Crown is required to demonstrate a pressing and substantial objective, rational connection and minimal impairment independent of the perception that the content of the expressive activity is offensive or without value. At the third and final stage of the proportionality analysis the judge is required to consider both the benefits and the detriments of limiting the expression in issue. Legislative limits on expression that falls far from the core values underlying s. 2(b) of the *Charter* are easier to justify, not because the standard of justification is lowered, but rather because the beneficial effects of the limitation more easily outweigh any negative effects flowing from the limitation. In this case the objective of the impugned provisions, which is to protect reputation against deliberate attack using statements that are known to be false, passes the first stage of the s. 1 analysis. The limit on expression is also rationally connected to this pressing and substantial objective and meets the minimal impairment test. Finally, the balancing process envisaged by the last step of the *Oakes* test leads inexorably to the conclusion that the benefits gained from the limitation on expression outweigh by far any detriment. This conclusion rests not on the low value of the expression (although this figures in the analysis), but on the fact that the benefits of limiting the right exceed any benefits that might flow from leaving it untrammelled.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291; *Gleaves v. Deakin*, [1979] 2 All E.R. 497; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Stevens* (1995), 96 C.C.C. (3d) 238, aff'g (1993), 82 C.C.C. (3d) 97; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Libman v. Québec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Holbrook* (1878), 4 Q.B.D. 42; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; *RJR-MacDonald Inc. v.*

que l'expression en cause a peu de valeur. La justice est mieux servie si le ministère public doit démontrer l'existence d'un objectif urgent et réel, d'un lien rationnel et d'une atteinte minimale, indépendamment de la perception selon laquelle le contenu de l'activité expressive est offensant ou sans valeur. À la troisième et dernière étape de l'examen de la proportionnalité, le juge doit tenir compte à la fois des avantages et des inconvénients que comporte la restriction de l'expression en cause. Les restrictions législatives imposées à l'expression qui s'écarte beaucoup des valeurs centrales de l'al. 2b) de la *Charte* sont plus faciles à justifier non pas parce que la norme de justification est moins élevée, mais plutôt parce que les effets bénéfiques de la restriction l'emportent plus aisément sur les effets négatifs qui peuvent en découler. En l'espèce, l'objectif des dispositions contestées, à savoir la protection de la réputation des gens contre toute attaque délibérée d'une personne qui fait des déclarations qu'elle sait être fausses, satisfait au premier volet de l'analyse fondée sur l'article premier. La restriction imposée à l'expression a aussi un lien rationnel avec cet objectif urgent et réel et satisfait au critère de l'atteinte minimale. Enfin, le processus de pondération envisagé par le dernier volet du critère de l'arrêt *Oakes* mène inexorablement à la conclusion que les avantages tirés de la restriction de l'expression l'emportent de beaucoup sur tout inconvénient qui peut en découler. Cette conclusion repose non pas sur la faible valeur de l'expression (quoique cela compte dans l'analyse), mais sur le fait que les avantages de la restriction du droit excèdent tout avantage susceptible de découler du fait de ne pas le restreindre.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291; *Gleaves c. Deakin*, [1979] 2 All E.R. 497; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Stevens* (1995), 96 C.C.C. (3d) 238, conf. (1993), 82 C.C.C. (3d) 97; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Holbrook* (1878), 4 Q.B.D. 42; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170;

Canada (Attorney General), [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *R. v. Lord Abingdon* (1794), 1 Esp. 226, 170 E.R. 337; *R. v. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873; *Sweet v. Parsley*, [1970] A.C. 132; *R. v. Sault Ste. Marie (City)*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55.

By McLachlin J. (dissenting in part)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Crime of Libel, S.C. 1874, c. 38.
Act to amend the Law respecting defamatory Words and Libel (U.K.), 6 & 7 Vict., c. 96 [Lord Campbell's Act].
American Convention on Human Rights, O.A.S.T.S. No. 36, at 1, art. 13.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 46, 71, 182(b), 264 [rep. c. 27 (1st Supp.), s. 37; ad. 1993, c. 45, s. 2], 264.1, 298, 299, 300, 301, 323, 708.
Criminal Code, S.C. 1892, c. 29.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 10.
International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, art. 17.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 12.

Authors Cited

Australian Capital Territory. Community Law Reform Committee. *Defamation Report*. Canberra: The Committee, 1995.
 Cameron, Jamie. "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.

RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *R. c. Lord Abingdon* (1794), 1 Esp. 226, 170 E.R. 337; *R. c. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873; *Sweet c. Parsley*, [1970] A.C. 132; *R. c. Sault Ste-Marie (Ville)*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

Citée par le juge McLachlin (dissidente en partie)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480.

Lois et règlements cités

Act to amend the Law respecting defamatory Words and Libel (R.-U.), 6 & 7 Vict., ch. 96 [Lord Campbell's Act].
Acte concernant le crime de libelle, S.C. 1874, ch. 38.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 46, 71, 182b), 264 [abr. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 37; aj. 1993, ch. 45, art. 2], 264.1, 298, 299, 300, 301, 323, 708.
Code criminel, S.C. 1892, ch. 29.
Convention américaine relative aux droits de l'homme, O.A.S.T.S. n° 36, à la p. 1, art. 13.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 10.
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 12.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 17.

Doctrine citée

Australian Capital Territory. Community Law Reform Committee. *Defamation Report*. Canberra: The Committee, 1995.
 Cameron, Jamie. «The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.

Carter-Ruck on Libel and Slander, 5th ed. By Peter F. Carter-Ruck and Harvey N.A. Starte. London: Butterworths, 1997.

Gatley on Libel and Slander, 9th ed. By Patrick Milmo and W.V.H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1998.

Ireland. Law Reform Commission. *Consultation Paper on the Crime of Libel*. Dublin: The Commission, 1991.

Nouveau Petit Robert. Paris: Le Robert, 1996, "outrage", "outrager".

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 2. London: Macmillan, 1883.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

APPEALS from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1996), 137 Sask. R. 312, 107 W.A.C. 312, 104 C.C.C. (3d) 550, [1996] S.J. No. 55 (QL), affirming the decisions of the Court of Queen's Bench ruling on constitutional issues (1995), 129 Sask. R. 53, 31 C.R.R. (2d) 92, [1995] S.J. No. 62 (QL), and convicting the appellants on charges of defamatory libel, [1995] S.J. No. 336 (QL). Appeal of John Lucas dismissed. Appeal of Johanna Lucas dismissed, McLachlin and Major JJ. dissenting.

Clayton C. Ruby and John Norris, for the appellants.

Graeme G. Mitchell, for the respondent.

Robert Frater, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. David Lepofsky, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

John B. Laskin and Sarah L. MacKenzie, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. was delivered by

Carter-Ruck on Libel and Slander, 5th ed. By Peter F. Carter-Ruck and Harvey N.A. Starte. London: Butterworths, 1997.

Gatley on Libel and Slander, 9th ed. By Patrick Milmo and W.V.H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1998.

Ireland. Law Reform Commission. *Consultation Paper on the Crime of Libel*. Dublin: The Commission, 1991.

Nouveau Petit Robert. Paris: Le Robert, 1996, «outrage», «outrager».

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 2. London: Macmillan, 1883.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1996), 137 Sask. R. 312, 107 W.A.C. 312, 104 C.C.C. (3d) 550, [1996] S.J. No. 55 (QL), qui a confirmé les décisions dans lesquelles la Cour du Banc de la Reine avait statué sur des questions constitutionnelles (1995), 129 Sask. R. 53, 31 C.R.R. (2d) 92, [1995] S.J. No. 62 (QL), et déclaré les appelants coupables relativement à des accusations de libelle diffamatoire, [1995] S.J. No. 336 (QL). Pourvoi de John Lucas rejeté. Pourvoi de Johanna Lucas rejeté, les juges McLachlin et Major sont dissidents.

Clayton C. Ruby et John Norris, pour les appelants.

Graeme G. Mitchell, pour l'intimée.

Robert Frater, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

M. David Lepofsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

John B. Laskin et Sarah L. MacKenzie, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Bastarache rendu par

CORY J. — Sections 298, 299 and 300 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, impose criminal sanctions for the deliberate publication of defamatory lies which the publisher knows to be false. It must be determined whether these provisions infringe the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and if so, whether the violation can be justified under s. 1 of the *Charter*. It must, as well, be decided whether ss. 298, 299 and 300 are so vague that they violate the principles of fundamental justice entrenched in s. 7 of the *Charter*. If the sections are found to be constitutionally valid, then the nature of the requisite *mens rea* must be considered.

Factual Background

A police officer investigated allegations of sexual abuse made by three children, Michael R. and his twin sisters Michelle R. and Kathleen R. The children alleged that they had been sexually abused by their birth parents, their foster parents (Mr. and Mrs. K.), and several members of their foster parents' family. The children initially disclosed the abuse to their therapist, Mrs. Bunko-Ruys, and to Mr. and Mrs. T., who ran a special care foster home where the children had been placed after they were moved out of the home of Mr. and Mrs. K.

As a result of the investigation, criminal charges were laid against 16 people including the children's natural parents, their foster parents (Mr. and Mrs. K.) and members of the K.s' extended family. With the exception of Peter K., the father of the complainants' foster father, who pled guilty to charges of sexual assault, all of the charges against the K. family were either withdrawn or stayed. The children's natural parents were convicted but on appeal a new trial was ordered. See *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291.

During the course of his investigation, the police officer was informed by Mr. and Mrs. T. that the children had been openly displaying inappropriate sexual behaviour. He was told that they were sexu-

LE JUGE CORY — Les articles 298, 299 et 300 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prescrivent des sanctions pour toute personne qui publie délibérément des mensonges diffamatoires qu'elle sait être faux. Il faut déterminer si ces dispositions portent atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette atteinte peut être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Il faut également décider si les art. 298, 299 et 300 sont imprécis au point de violer les principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 de la *Charte*. Si ces articles sont jugés constitutionnellement valides, il faudra alors examiner la nature de la *mens rea* requise.

Les faits

Un policier a enquêté sur des allégations d'agression sexuelle émanant de trois enfants, Michael R. et ses deux sœurs jumelles, Michelle R. et Kathleen R. Ces enfants prétendaient avoir été agressés sexuellement par leurs parents naturels, leurs parents de famille d'accueil (M. et M^{me} K.) et plusieurs membres de cette famille d'accueil. Les enfants ont d'abord parlé de ces agressions à leur thérapeute, M^{me} Bunko-Ruys, et à M. et M^{me} T., qui dirigeaient un foyer d'accueil offrant des soins spéciaux où les enfants avaient été placés après avoir été retirés de la maison de M. et M^{me} K.

À la suite de l'enquête, des accusations criminelles ont été portées contre 16 personnes, dont les parents naturels des enfants, leurs parents de famille d'accueil (M. et M^{me} K.) et des membres de la famille élargie des K. À l'exception de Peter K., le père du père de famille d'accueil des plaignants, qui a plaidé coupable relativement aux accusations d'agression sexuelle, toutes les accusations portées contre la famille K. ont été retirées ou ont fait l'objet d'un arrêt de procédures. Les parents naturels des enfants ont été déclarés coupables, mais un nouveau procès a été ordonné en appel. Voir *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291.

Au cours de son enquête, le policier a été informé par M. et M^{me} T. que les enfants affichaient un comportement sexuel anormal évident. On lui a dit que les enfants se livraient à des acti-

1

2

3

4

ally active with each other and that the family dog had been subjected to sexual acts. Moreover, the police officer had been informed that Michael had sexually assaulted his sisters on numerous occasions and that Mr. and Mrs. T., despite their efforts, were unable to stop him. The acts of sexual abuse were also recounted to the officer during the course of his interviews with the three children. However, as a result of his reliance upon the opinion of the children's therapist, the officer kept them together in the same special care foster home. This, it was believed, would make the children easier to treat.

5 Mr. Lucas was active in a Saskatoon prisoners' rights group. He was contacted by four of the individuals whose charges had been stayed. They were seeking advice as to how to cope with the impact that these allegations were having on their lives even though the charges had been stayed. The individuals maintained that they were innocent and agreed to provide John Lucas with all of the information and documentation they possessed regarding the charges. This consisted of transcripts, reports prepared by the children's therapist and notes prepared by Mrs. T. which described, in vivid detail, the sexual activities of the three children.

6 On the basis of these documents, the appellants apparently understood that Michael had raped, sodomized and tortured his sister Kathy and repeatedly participated in sexual activities with his other sister, Michelle. They concluded that the officer had knowledge of what was transpiring and that as a police officer, he had a duty to intervene. Consequently, they could not understand why he had not done so. Several complaints were made to the Police Commission, the Premier's office and the office of the Attorney General, but the appellants did not obtain their desired response.

7 As a result, on September 20, 1993, the appellants and a small group of others picketed outside the Provincial Court of Saskatchewan and the police headquarters where the officer worked. Mrs. Lucas was carrying a sign prepared by Mr. Lucas

vités sexuelles entre eux et que le chien de la famille avait fait l'objet d'actes sexuels. De plus, le policier avait été informé que Michael avait agressé sexuellement ses sœurs à maintes reprises et que, malgré leurs efforts, M. et M^{me} T. étaient incapables de l'arrêter. Les trois enfants ont également décrit les actes d'agression sexuelle au policier quand il les a interrogés. Cependant, parce qu'il se fiait à l'opinion de la thérapeute des enfants, le policier les a laissés ensemble dans le même foyer d'accueil offrant des soins spéciaux. Cela, croyait-on, faciliterait le traitement des enfants.

Monsieur Lucas était membre actif d'un groupe de défense des droits des détenus à Saskatoon. Quatre des personnes visées par un arrêt des procédures ont communiqué avec lui. Elles cherchaient à obtenir des conseils sur la façon de venir à bout de l'incidence que ces accusations avaient sur leur vie, même après un arrêt des procédures. Elles ont maintenu qu'elles étaient innocentes et ont consenti à fournir à John Lucas toute l'information et toute la documentation qu'elles possédaient au sujet des accusations, à savoir des transcriptions, des rapports de la thérapeute des enfants et des notes préparées par M^{me} T., qui décrivaient de façon très détaillée les activités sexuelles des trois enfants.

Sur la foi de ces documents, les appelants ont apparemment compris que Michael avait violé, sodomisé et torturé sa sœur Kathy et qu'il s'était livré, à maintes reprises, à des activités sexuelles avec son autre sœur, Michelle. Ils ont conclu que le policier savait ce qui se passait et qu'en sa qualité de policier il avait le devoir d'intervenir. Ils étaient donc incapables de comprendre pourquoi il ne l'avait pas fait. Plusieurs plaintes ont été adressées à la Commission de police, au bureau du Premier ministre de la province et au bureau du Procureur général, sans que les appelants n'obtiennent la réponse souhaitée.

En conséquence, le 20 septembre 1993, les appelants et un petit groupe d'autres personnes ont piqueté à l'extérieur de la Cour provinciale de la Saskatchewan et du quartier général de la police, où travaillait le policier. Madame Lucas portait une

which read on one side: "Did [the police officer] just allow or help with the rape/sodomy of an 8 year old?" and on the other side: "If you admit it [officer] then you might get help with your touching problem." Mrs. Lucas was arrested and charged with defamatory libel under ss. 300 and 301 of the *Code*. Mr. Lucas was warned that if he continued to carry signs naming individuals, he too would be charged.

The following day, Mr. Lucas again picketed in front of the Provincial Court and police headquarters. This time, he carried a sign which, on one side, read: "Did [the police officer] help/or take part in the rape & sodomy of an 8 year old. The T[] papers prove [the officer] allowed his witness to rape"; and on the other side: "The T[] papers prove [the officer] allowed the false arrest & detention of Mrs. Lucas, with a falsified information". Mr. Lucas was subsequently arrested and charged under ss. 300 and 301 of the *Code*.

At trial, the appellants argued that their freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* had been infringed. The trial judge agreed but concluded that s. 300 was saved by s. 1 of the *Charter*. He found both of the appellants guilty of defamatory libel under s. 300 and held that the appellants should have known that the statements on their placards were false. Mr. Lucas was sentenced to imprisonment for two years less a day, and Mrs. Lucas was sentenced to imprisonment for 22 months. The appellants appealed to the Court of Appeal. Their appeals against conviction were dismissed, but their appeals against sentence were allowed, and the sentences were reduced to 18 months and 12 months respectively.

affiche préparée par M. Lucas, sur laquelle on pouvait lire d'un côté: [TRADUCTION] «Le [policier] a-t-il seulement permis qu'une enfant de 8 ans soit victime de viol ou de sodomie ou y a-t-il contribué?»; et de l'autre côté: [TRADUCTION] «Si tu reconnais cela, [le policier], tu pourras alors peut-être obtenir de l'aide pour ton problème d'attouchement.» Madame Lucas a été arrêtée et accusée de libelle diffamatoire en vertu des art. 300 et 301 du *Code*. Monsieur Lucas a été prévenu que, s'il continuait à porter des affiches nommant des personnes, il ferait lui aussi l'objet d'accusations.

Le lendemain, M. Lucas piquetait encore devant la Cour provinciale et le quartier général de la police. Cette fois, il portait une affiche sur laquelle on pouvait lire d'un côté: [TRADUCTION] «Le [policier] a-t-il contribué ou participé au viol et à la sodomie dont a été victime une enfant de 8 ans? Les documents de T[] prouvent que [le policier] a permis à son témoin de commettre un viol»; et de l'autre côté: [TRADUCTION] «Les documents de T[] prouvent que [le policier] a permis que M^{me} Lucas soit arrêtée et détenue illégalement, sur la foi de renseignements falsifiés». Monsieur Lucas a subseqüemment été arrêté et accusé en vertu des art. 300 et 301 du *Code*.

Au procès, les appelants ont fait valoir qu'il y avait eu violation de leur liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Le juge du procès leur a donné raison, mais a conclu que l'art. 300 était sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Il a déclaré les deux appelants coupables de libelle diffamatoire au sens de l'art. 300 et a statué qu'ils auraient dû savoir que les déclarations inscrites sur leurs affiches étaient fausses. Monsieur Lucas a été condamné à deux ans d'emprisonnement moins un jour, et M^{me} Lucas, à 22 mois d'emprisonnement. Les appelants ont interjeté appel devant la Cour d'appel. Leurs appels contre les déclarations de culpabilité ont été rejetés, mais leurs appels contre les sentences ont été accueillis, et les sentences ont été réduites à 18 mois et à 12 mois respectivement.

Relevant Statutory Provisions

10

The relevant legislative and *Charter* provisions are as follows:

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

298. (1) A defamatory libel is matter published, without lawful justification or excuse, that is likely to injure the reputation of any person by exposing him to hatred, contempt or ridicule, or that is designed to insult the person of or concerning whom it is published.

(2) A defamatory libel may be expressed directly or by insinuation or irony

(a) in words legibly marked on any substance; or

(b) by any object signifying a defamatory libel otherwise than by words.

299. A person publishes a libel when he

(a) exhibits it in public;

(b) causes it to be read or seen; or

(c) shows or delivers it, or causes it to be shown or delivered, with intent that it should be read or seen by the person whom it defames or by any other person.

300. Every one who publishes a defamatory libel that he knows is false is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

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.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

. . .

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof

Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes du *Code* et de la *Charte* sont les suivantes:

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

298. (1) Un libelle diffamatoire consiste en une matière publiée sans justification ni excuse légitime et de nature à nuire à la réputation de quelqu'un en l'exposant à la haine, au mépris ou au ridicule, ou destinée à outrager la personne contre qui elle est publiée.

(2) Un libelle diffamatoire peut être exprimé directement ou par insinuation ou ironie:

a) soit en mots lisiblement marqués sur une substance quelconque;

b) soit au moyen d'un objet signifiant un libelle diffamatoire autrement que par des mots.

299. Une personne publie un libelle lorsque, selon le cas:

a) elle l'exhibe en public;

b) elle le fait lire ou voir;

c) elle le montre ou le délivre, ou le fait montrer ou délivrer, dans l'intention qu'il soit lu ou vu par la personne qu'il diffame ou par toute autre personne.

300. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque publie un libelle diffamatoire qu'il sait être faux.

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.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

. . .

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

except in accordance with the principles of fundamental justice.

Judgments Below

Saskatchewan Court of Queen's Bench (1995), 129 Sask. R. 53

(i) The *Voir Dire* on the Constitutionality of ss. 298 to 300 of the Code

During the course of their trial, the appellants applied for an order that ss. 300 and 301 of the *Code* were unconstitutional. Hrabinsky J. noted at the outset the difference between the two sections, namely that pursuant to s. 300 there was a duty to demonstrate that the person charged knew that the published defamatory libel was false, whereas falsity was not a required element under s. 301. Consequently, a person could be found guilty of publishing a defamatory libel under s. 301 even if the statements made were found to be true. It was argued by the appellants, and conceded by the respondent, that ss. 298 and 299, which set out the definitions of defamatory libel, were overly broad and encompass a broad range of trivial or innocuous material. Hrabinsky J. agreed with this submission but observed that in *Gleaves v. Deakin*, [1979] 2 All E.R. 497 (H.L.), it had been held that criminal sanctions for defamatory libel should still be available for serious libels.

He noted that the respondent conceded that the purpose and effect of ss. 300 and 301 was to render a form of "expression" a criminal offence because of its content. As a result he concluded that in light of the decision in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, there was necessarily an infringement of s. 2(b) of the *Charter*. He then considered whether this infringement could be justified under s. 1 of the *Charter*.

Hrabinsky J. adopted a contextual approach and recognized that freedom of expression cannot be absolute, and that unrestricted freedom of expression may interfere with legitimate interests in privacy and reputation. He observed that in determin-

qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Les juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan (1995), 129 Sask. R. 53

(i) Le voir-dire sur la constitutionnalité des art. 298 à 300 du Code

Pendant leur procès, les appelants ont sollicité une ordonnance déclarant inconstitutionnels les art. 300 et 301 du *Code*. Le juge Hrabinsky a souligné, au départ, la différence entre ces deux articles, à savoir que, en vertu de l'art. 300, il fallait démontrer que l'accusé savait que le libelle diffamatoire publié était faux, alors que la fausseté n'était pas un élément requis à l'art. 301. Par conséquent, une personne pouvait être déclarée coupable de publication d'un libelle diffamatoire en vertu de l'art. 301 même si les déclarations faites étaient jugées véridiques. Les appelants ont allégué, et l'intimée a admis, que les art. 298 et 299, qui définissent le libelle diffamatoire, étaient trop généraux et visaient un large éventail de matières sans importance et inoffensives. Le juge Hrabinsky a accepté cet argument, mais il a fait remarquer que, dans *Gleaves c. Deakin*, [1979] 2 All E.R. 497 (H.L.), il avait été statué que les sanctions criminelles applicables au libelle diffamatoire devraient toujours pouvoir être imposées pour les libelles graves.

Il a noté que l'intimée reconnaissait que les art. 300 et 301 avaient pour but et pour effet de criminaliser une forme d'«expression» en raison de son contenu. Il a donc statué que, compte tenu de l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, il y avait nécessairement violation de l'al. 2b) de la *Charte*. Il s'est demandé si cette violation pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Hrabinsky a adopté une méthode contextuelle et a reconnu que la liberté d'expression ne peut pas être absolue, et qu'une liberté d'expression illimitée peut porter atteinte aux droits légitimes en matière de vie privée et de réputation.

11

12

13

ing whether s. 300 could be justified as a reasonable limit prescribed by law in a free and democratic society, he had to consider all expression that was potentially restricted.

14 Starting with what he identified as the “threshold test”, Hrabinsky J. set out to determine whether s. 300 constituted a “limit prescribed by law”. Relying on *Irwin Toy*, *supra*, he held that s. 300 provided a sensible construction and “an intelligible standard according to which the judiciary must do its work” (p. 59). He further held that s. 298 defined defamatory libel in a manner that provided an intelligible standard of conduct. He concluded that ss. 298, 299 and 300 constitute a limit prescribed by law.

15 Hrabinsky J. found that the objective of s. 300 is the protection of individuals from false defamatory attacks on their privacy and reputation. This was held to be a pressing and substantial objective. A person’s reputation is a fundamental value which involves respect for the dignity and worth of all persons, and defamatory remarks may cause psychological harm.

16 Hrabinsky J. stated that a balance must be struck between the value of freedom of expression and the value of reputation. The prohibition of the publication of false defamatory libel is rationally connected to the objective of protecting privacy and reputation. Sections 298, 299 and 300 minimally impair the s. 2(b) right. The fact that the Crown must prove the *mens rea* elements of the offence, including knowledge of falsity, reaffirmed his conclusion that the objective of s. 300 impairs freedom of expression as little as possible. Hrabinsky J. noted that defamatory expression is far removed from the core of s. 2(b) values. The limitation imposed on freedom of expression by s. 300 is negligible, and so it does not outweigh the importance of the legislative objective. He con-

Il a fait observer que, pour déterminer si l’art. 300 pouvait être justifié comme constituant une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit dans le cadre d’une société libre et démocratique, il devait prendre en considération toute expression qui pouvait être restreinte.

Commençant par ce qu’il a appelé le [TRADUCTION] «critère préliminaire», le juge Hrabinsky a entrepris de déterminer si l’art. 300 constituait une restriction prescrite «par une règle de droit». S’appuyant sur *Irwin Toy*, précité, il a conclu que l’art. 300 était formulé raisonnablement et établissait «une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions» (p. 59). Il a en outre statué que l’art. 298 définissait le libelle diffamatoire d’une manière qui fixait une norme de conduite intelligible. Il a conclu que les art. 298, 299 et 300 constituent une restriction prescrite par une règle de droit.

Le juge Hrabinsky a décidé que l’art. 300 a pour objectif de protéger la vie privée et la réputation des personnes contre les attaques diffamatoires mensongères. Il s’agissait, selon lui, d’un objectif urgent et réel. La réputation d’une personne est une valeur fondamentale qui implique le respect de la dignité et de la valeur de tous et chacun, et des commentaires diffamatoires peuvent causer un préjudice psychologique.

Le juge Hrabinsky a affirmé qu’il faut établir un équilibre entre les valeurs que représentent la liberté d’expression et la réputation. L’interdiction de publier un faux libelle diffamatoire a un lien rationnel avec l’objectif de protection de la vie privée et de la réputation. Les articles 298, 299 et 300 portent une atteinte minimale au droit garanti à l’al. 2b). Le fait que le ministère public doive faire la preuve des éléments de la *mens rea* de l’infraction, dont la connaissance de la fausseté, confirmait sa conclusion que l’objectif de l’art. 300 porte atteinte le moins possible à la liberté d’expression. Le juge Hrabinsky a fait remarquer que l’expression diffamatoire est loin d’être au cœur des valeurs consacrées à l’al. 2b). La restriction imposée à la liberté d’expression par l’art. 300 est négligeable et ne l’emporte donc pas sur l’importance de l’objectif législatif. Il a statué qu’il y avait lieu

cluded that s. 300 should be upheld under s. 1 of the *Charter*.

With respect to s. 301 of the *Criminal Code*, Hrabinsky J. found that unlike s. 300, there was no obligation on the Crown to prove knowledge of falsity. As a result, the limitation imposed on s. 2(b) by s. 301 did not meet the minimal impairment criteria of the s. 1 test, nor was there proportionality between the effects of the limiting legislation and the objective. As a result he found s. 301 to be unconstitutional and no appeal has been taken from this finding.

(ii) Merits of the Case

Hrabinsky J. noted that s. 300 of the *Code* requires the Crown to demonstrate that the person charged knew that the published defamatory libel was false. In this case, Mr. Lucas had testified that he believed that the publications were true while Mrs. Lucas did not testify at all. Despite his earlier reference to the need to apply a subjective test Hrabinsky J. applied an objective test and held that the messages on the placards were false and the appellants ought to have known them to be so. As a result, both Mr. and Mrs. Lucas were convicted of defamatory libel by insinuation, and were sentenced to imprisonment for two years less a day and 22 months, respectively.

Saskatchewan Court of Appeal (1996), 137 Sask. R. 312

There were two issues before the Court of Appeal which must be considered: first, the constitutionality of s. 300, and second, whether the respondent proved all the elements of the offence beyond a reasonable doubt.

The Court held that the constitutional issue was resolved by the decision of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Stevens* (1995), 96 C.C.C. (3d) 238, which found s. 300 of the *Criminal Code* to be

de confirmer la validité de l'art. 300 en vertu de l'article premier de la *Charte*.

En ce qui a trait à l'art. 301 du *Code criminel*, le juge Hrabinsky a décidé que, à la différence de l'art. 300, le ministère public n'était nullement tenu d'établir la connaissance de la fausseté. Par conséquent, la restriction imposée à l'al. 2b) par l'art. 301 ne satisfaisait pas au volet «atteinte minimale» du critère de l'article premier, et il n'y avait pas non plus de proportionnalité entre les effets de la mesure législative restrictive et l'objectif en cause. Il a donc conclu que l'art. 301 est inconstitutionnel et cette conclusion n'a pas été portée en appel.

(ii) Le fond de l'affaire

Le juge Hrabinsky a souligné que l'art. 300 du *Code* exige que le ministère public démontre que la personne accusée savait que le libelle diffamatoire publié était faux. En l'espèce, M. Lucas a témoigné qu'il croyait que ce qui était publié était véridique, alors que M^{me} Lucas n'a pas témoigné du tout. En dépit de sa mention précédente de la nécessité d'appliquer un critère subjectif, le juge Hrabinsky a appliqué un critère objectif et a conclu que les messages sur les affiches étaient faux et que les appelants auraient dû le savoir. Par conséquent, M. et M^{me} Lucas ont tous les deux été déclarés coupables de libelle diffamatoire par insinuation et ont été condamnés à deux ans d'emprisonnement moins un jour et à 22 mois d'emprisonnement, respectivement.

Cour d'appel de la Saskatchewan (1996), 137 Sask. R. 312

La Cour d'appel a été saisie de deux questions qui doivent être examinées: premièrement, la question de la constitutionnalité de l'art. 300, et deuxièmement, celle de savoir si l'intimée a fait la preuve hors de tout doute raisonnable de tous les éléments de l'infraction.

La cour a conclu que la question de la constitutionnalité était réglée par l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba *R. c. Stevens* (1995), 96 C.C.C. (3d) 238, où il a été statué que l'art. 300 du *Code crimi-*

17

18

19

20

constitutionally valid. Thus, the first ground of appeal was dismissed.

21

As for the second ground, the Court held that the burden was on the respondent to prove the publication of a false defamatory statement and that the appellants intended to publish the defamatory libel knowing it to be false with the intention to defame. The Court was of the view that the respondent had proved all the essential elements of the offence beyond a reasonable doubt with respect to both appellants. Therefore, this ground of appeal was also dismissed.

Issues

22

1. Do ss. 298, 299 or 300 of the *Code*, separately or in combination, violate s. 2(b) of the *Charter*?
2. Do ss. 298, 299 or 300 of the *Code*, separately or in combination, violate s. 7 of the *Charter*?
3. Can ss. 298, 299 and 300 of the *Code* be upheld under s. 1 of the *Charter*?
4. Is there sufficient evidence that the appellants had subjective knowledge of the falsity of the defamatory statements they displayed to uphold their convictions despite the trial judge's erroneous application of an objective test?

Analysis

23

This is not the first case in which the defamatory libel provisions of the *Code* have come under attack. In *Stevens, supra*, the Manitoba Court of Appeal concluded that s. 300 and its defining provisions, although violative of s. 2(b), were justified under s. 1 of the *Charter*. Although I do not entirely agree with the reasoning of the majority in *Stevens*, the judgment of Twaddle J.A. includes an extensive review of the history of the defamatory libel provisions and a thorough and very helpful analysis of proportionality.

nel est constitutionnellement valide. Le premier moyen d'appel a donc été rejeté.

Quant au deuxième moyen, la cour a conclu qu'il incombait à l'intimée de prouver qu'il y avait eu publication d'une fausse déclaration diffamatoire et que les appelants avaient voulu publier, dans l'intention de diffamer, le libelle diffamatoire qu'ils savaient être faux. La cour était d'avis que l'intimée avait fait la preuve hors de tout doute raisonnable de tous les éléments essentiels de l'infraction relativement aux deux appelants. Par conséquent, ce moyen d'appel a aussi été rejeté.

Les questions en litige

1. Les articles 298, 299 et 300 du *Code* violent-ils, séparément ou conjointement, l'al. 2b) de la *Charte*?
2. Les articles 298, 299 et 300 du *Code* violent-ils, séparément ou conjointement, l'art. 7 de la *Charte*?
3. La validité des art. 298, 299 et 300 du *Code* peut-elle être confirmée en vertu de l'article premier de la *Charte*?
4. Y a-t-il une preuve suffisante que les appelants avaient une connaissance subjective de la fausseté des déclarations diffamatoires qu'ils ont affichées, pour que leurs déclarations de culpabilité soient confirmées malgré l'application erronée d'un critère objectif par le juge du procès?

Analyse

Ce n'est pas la première fois que les dispositions du *Code* relatives au libelle diffamatoire sont contestées. Dans l'arrêt *Stevens*, précité, la Cour d'appel du Manitoba a conclu que l'art. 300 et ses dispositions définitionnelles étaient justifiés au sens de l'article premier de la *Charte*, même s'ils violaient l'al. 2b). Bien que je ne sois pas entièrement d'accord avec le raisonnement des juges majoritaires dans cet arrêt, les motifs du juge Twaddle comportent un examen complet de l'historique des dispositions en matière de libelle diffamatoire et une analyse poussée et fort utile de la question de la proportionnalité.

Do ss. 298, 299, or 300 of the Code, Separately or in Combination, Violate s. 2(b) of the Charter?

Decisions of this Court have stressed the vital and fundamental importance of freedom of expression in our democratic society. Indeed, in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336, it was noted that “a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions”. This right must be accorded vigilant protection in order to ensure that it is only restricted in clearly appropriate circumstances.

The respondent very properly conceded that ss. 298, 299 and 300 of the *Code* contravene the guarantee of freedom of expression provided by s. 2(b) of the *Charter* since the very purpose of these sections is to prohibit a particular type of expression. Counsel for the Attorney General of Ontario argued forcefully that defamatory libel is not worthy of constitutional protection. This submission cannot be accepted. It runs contrary to the long line of decisions, beginning with *Irwin Toy*, *supra*, which have held that freedom of expression should be given a broad and purposive interpretation. This Court has consistently held that all expression is protected, regardless of its content, unless the form in which the expression is manifested is such that it excludes protection (as, for example, a violent act). As Dickson C.J. wrote in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 729:

Apart from rare cases where expression is communicated in a physically violent form, the Court thus viewed the fundamental nature of the freedom of expression as ensuring that “if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee” (p. 969). In other words, the term “expression” as used in s. 2(b) of the *Charter* embraces all content of expression irrespective of the particular meaning or message sought to be conveyed.

Les articles 298, 299 et 300 du Code violent-ils, séparément ou conjointement, l'al. 2b) de la Charte?

Notre Cour a souligné, dans certains de ses arrêts, l'importance fondamentale et primordiale de la liberté d'expression dans notre société démocratique. En fait, dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336, la Cour fait observer qu'«il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques». Ce droit doit être soigneusement protégé afin d'assurer qu'il ne puisse être restreint que lorsqu'il est clairement opportun de le faire.

L'intimée a reconnu, à très juste titre, que les art. 298, 299 et 300 du *Code* contreviennent à la garantie de liberté d'expression contenue à l'al. 2b) de la *Charte*, étant donné que l'objet même de ces articles est d'interdire une forme particulière d'expression. Le substitut du procureur général de l'Ontario a soutenu avec vigueur que le libelle difamatoire ne mérite pas la protection de la Constitution. Cet argument ne saurait être retenu. Il va à l'encontre d'un long courant de jurisprudence qui remonte à l'arrêt *Irwin Toy*, précité, où il a été statué que la liberté d'expression doit recevoir une interprétation large et fondée sur l'objet visé. Notre Cour a constamment statué que toute expression est protégée, quel qu'en soit le contenu, à moins que la forme qu'elle revêt ne soit de nature à exclure la protection (comme, par exemple, un acte violent). Comme le juge en chef Dickson l'a écrit dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 729:

Donc, sauf pour les rares cas où l'expression revêt la forme de la violence physique, la Cour a estimé qu'il découle de la nature fondamentale de la liberté d'expression que «si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie» (p. 969). En d'autres termes, le mot «expression» à l'al. 2b) de la *Charte* vise tout contenu de l'expression, sans égard aux sens ou message particulier que l'on cherche à transmettre.

24

25

26

Further, in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, it was held that even deliberate lies and falsehoods are protected by s. 2(b) of the *Charter*. At p. 753 McLachlin J. stated:

In determining whether a communication falls under s. 2(b), this Court has consistently refused to take into account the content of the communication, adhering to the precept that it is often the unpopular statement which is most in need of protection under the guarantee of free speech. . . .

In the dissenting reasons as well, at p. 802, it was stressed that s. 2(b) should be broadly interpreted:

. . . constitutional protection under s. 2(b) must therefore be extended to the deliberate publication of statements known to be false which convey meaning in a non-violent form. Freedom of expression is so important to democracy in Canada that even those statements on the extreme periphery of the protected right must be brought within the protective ambit of s. 2(b).

27

Most recently this liberal approach to s. 2(b) was reaffirmed in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 31:

Unless the expression is communicated in a manner that excludes the protection, such as violence, the Court recognizes that any activity or communication that conveys or attempts to convey meaning is covered by the guarantee of s. 2(b) of the Canadian *Charter*.

28

These sections of the *Code* seek to restrict a limited type of expression which comes within the ambit of protected expression. They constitute a limit on freedom of expression within the meaning of s. 2(b) of the *Charter*. Before determining whether the sections can be justified under s. 1 of the *Charter*, it will be helpful to now consider whether the impugned sections contravene s. 7 of the *Charter*.

En outre, dans l'arrêt *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, il a été statué que même les faussetés et les mensonges délibérés sont protégés par l'al. 2b) de la *Charte*. Le juge McLachlin affirme, à la p. 753:

Pour déterminer si une communication est visée par l'al. 2b), notre Cour a régulièrement refusé de prendre en considération le contenu de la communication, adoptant le précepte selon lequel c'est souvent la déclaration impopulaire qui a le plus besoin d'être protégée en vertu de la garantie de la liberté d'expression. . . .

De même, dans les motifs dissidents, à la p. 802, il est souligné que l'al. 2b) devrait recevoir une interprétation large:

. . . la protection constitutionnelle accordée par l'al. 2b) doit donc être étendue à la publication délibérée de déclarations que l'auteur sait être fausses et qui transmettent une signification sous une forme non violente. La liberté d'expression est si importante pour la démocratie au Canada qu'on doit faire entrer dans le champ d'application de l'al. 2b) même les déclarations à la limite extrême du droit protégé.

Cette façon libérale d'aborder l'al. 2b) a été confirmée dernièrement dans l'arrêt *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, au par. 31:

À moins que l'expression ne soit communiquée d'une manière qui exclut la protection, telle la violence, la Cour reconnaît que toute activité ou communication qui transmet ou tente de transmettre un message est comprise dans la garantie de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne.

Ces articles du *Code* visent à restreindre un certain type d'expression auquel s'applique la protection. Ils constituent une restriction de la liberté d'expression au sens de l'al. 2b) de la *Charte*. Avant de déterminer si ces articles peuvent être justifiés au sens de l'article premier de la *Charte*, il sera utile d'examiner maintenant si les articles contestés contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*.

Do ss. 298, 299 or 300 of the Code, Separately or in Combination, Violate s. 7 of the Charter?

The appellants contended that the defamatory libel provisions are so vague that they infringe s. 7 of the *Charter*. I cannot accept this submission. There are two principles applicable in considering vagueness. First, a law is vague if it does not provide “an intelligible standard according to which the judiciary must do its work” (*Irwin Toy, supra*, at p. 983). Secondly, “[a] vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion” (*R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 639, emphasis added). On the issue of notice, Gonthier J. writing for the Court in *Nova Scotia Pharmaceutical*, stated at pp. 634-35:

The substantive aspect of fair notice is therefore a subjective understanding that the law touches upon some conduct, based on the substratum of values underlying the legal enactment and on the role that the legal enactment plays in the life of the society.

... fair notice to the citizen comprises a substantive aspect, that is an understanding that certain conduct is the subject of legal restrictions.

The wording of ss. 298 to 300 makes it abundantly clear what kind of conduct is the subject of legal restrictions. Section 298 specifies the types of published matter which are targeted, while s. 299 restricts liability to specific modes of publication.

The requirement of a limitation on the prosecutorial discretion which can properly be exercised in enforcement was also discussed in *Nova Scotia Pharmaceutical*, at p. 642:

Les articles 298, 299 et 300 du Code violent-ils, séparément ou conjointement, l’art. 7 de la Charte?

Les appelants ont fait valoir que les dispositions en matière de libelle diffamatoire sont si imprécises qu’elles violent l’art. 7 de la *Charte*. Je ne puis retenir cet argument. Deux principes s’appliquent pour déterminer s’il y a imprécision. Premièrement, une règle de droit est imprécise si elle ne formule pas «une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions» (*Irwin Toy*, précité, à la p. 983). Deuxièmement, «[u]ne disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c’est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d’une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d’avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l’application de la loi» (*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 639, je souligne). Au sujet de l’avertissement, le juge Gonthier affirme, au nom de la Cour, dans *Nova Scotia Pharmaceutical*, aux pp. 634 et 635:

Du point de vue du fond, l’avertissement raisonnable réside donc dans la conscience subjective de l’illégalité d’une conduite, fondée sur les valeurs qui forment le substrat du texte d’incrimination et sur le rôle que joue le texte d’incrimination dans la vie de la société.

... l’avertissement raisonnable donné aux citoyens porte aussi sur le fond, c’est-à-dire la conscience qu’une certaine conduite est assujettie à des restrictions légales.

Le texte des art. 298 à 300 précise très clairement quel genre de conduite est assujetti à des restrictions légales. L’article 298 énonce les types de matière publiée qui sont ciblés, alors que l’art. 299 limite la responsabilité à certains modes de publication.

L’exigence d’une restriction imposée au pouvoir discrétionnaire de la poursuite qui peut être exercé régulièrement pour appliquer la loi a aussi été examinée dans *Nova Scotia Pharmaceutical*, à la p. 642:

What becomes more problematic is . . . terms failing to give direction as to how to exercise this discretion, so that this exercise may be controlled. Once more, an unpermissibly vague law . . . will not give a sufficient indication as to how decisions must be reached, such as factors to be considered or determinative elements.

A charge of defamatory libel requires, as an element of the offence, physical publication of the allegedly defamatory matter. Section 299 requires that the matter alleged to be libellous be published in one of three specific manners. Further, the Crown must prove that the matter in question was objectively defamatory — that it was “likely to injure the reputation of any person by exposing him to hatred, contempt or ridicule”, or that it was “designed to insult the person of or concerning whom it is published” (s. 298(1)). It must also prove both that the accused knew the defamatory libel was false and that there was intent to defame. There is no doubt that, with these requirements, ss. 298 to 300 “give a sufficient indication as to how [prosecutorial] decisions must be reached”. In my view the sections do not infringe s. 7 of the *Charter*. It is now appropriate to consider whether they can be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*.

Can ss. 298, 299 and 300 of the Code Be Upheld Under s. 1 of the Charter?

31

Whether the infringement of a *Charter* right or freedom can be justified under s. 1 will become apparent from an analysis based upon the test suggested by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It requires a review of three issues:

(i) is the limit on the right prescribed by law;

Ce qui fait plus problème, ce [...] sont [...] des termes qui ne donnent pas, quant au mode d'exercice de ce pouvoir [discrétaire], d'indication permettant de le contrôler. Encore une fois, une loi d'une imprécision inacceptable [...] ne donne pas suffisamment d'indication quant à la manière dont les décisions doivent être prises, tels les facteurs dont il faut tenir compte ou les éléments déterminants.

Une accusation de libelle diffamatoire requiert, comme élément de l'infraction, la publication matérielle de la matière que l'on prétend diffamatoire. L'article 299 exige que la matière que l'on prétend diffamatoire soit publiée de l'une ou l'autre de trois manières précises. En outre, le ministère public doit prouver que la matière en question était objectivement diffamatoire — c'est-à-dire qu'elle était «de nature à nuire à la réputation de quelqu'un en l'exposant à la haine, au mépris ou au ridicule», ou qu'elle était «destinée à outrager la personne contre qui elle [était] publiée» (par. 298(1)). Il doit aussi prouver que l'accusé savait que le libelle diffamatoire était faux et qu'il y avait intention de diffamer. Il ne fait aucun doute qu'avec ces exigences les art. 298 à 300 «donne[nt] [...] suffisamment d'indication quant à la manière dont les décisions [de la poursuite] doivent être prises». Selon moi, ces articles ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*. Il convient maintenant d'examiner s'ils peuvent être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La validité des art. 298, 299 et 300 du Code peut-elle être confirmée en vertu de l'article premier de la Charte?

La réponse à la question de savoir si une atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* peut être justifiée au sens de l'article premier ressortira d'une analyse fondée sur le critère proposé par le juge en chef Dickson dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Trois éléments doivent être examinés:

(i) La restriction est-elle prescrite par une règle de droit?

(ii) is the objective for which the legislation was enacted sufficiently pressing and important to override a *Charter* freedom; and

(iii) is there a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* freedom and the objective which has been identified as of “sufficient importance”.

The third question requires the consideration of a number of factors. First, is there a rational connection between the objective of the legislation and the means chosen to achieve it? Second, do the means chosen minimally impair the right protected by the *Charter*? Finally, do the deleterious effects of the restriction outweigh its salutary effects?

Context

This Court has stressed the importance of a contextual approach in determining the appropriate balance between individual rights and state interests under s. 1. See *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1355-56. It follows that when freedom of expression is at issue, the nature of the s. 2(b) violation must be considered in determining whether the restriction can be “demonstrably justified in a free and democratic society”. This was emphasized in *Keegstra*, *supra*, at pp. 759-60, and will be considered at greater length in the proportionality discussion.

Quite simply, the level of protection to which expression may be entitled will vary with the nature of the expression. The further that expression is from the core values of this right the greater will be the ability to justify the state’s restrictive action. This approach was approved by La Forest J. in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480.

(ii) L’objectif visé par l’adoption de la mesure législative est-il suffisamment urgent et important pour justifier la suppression d’une liberté garantie par la *Charte*?

(iii) Y a-t-il proportionnalité entre les effets des mesures qui restreignent la liberté garantie par la *Charte* et l’objectif décrit comme étant «suffisamment important»?

La troisième question requiert l’examen d’un certain nombre de facteurs. Premièrement, y a-t-il un lien rationnel entre l’objectif de la mesure législative et les moyens choisis pour l’atteindre? Deuxièmement, les moyens choisis portent-ils une atteinte minimale au droit garanti par la *Charte*? Enfin, les effets préjudiciables de la restriction l’emportent-ils sur ses effets bénéfiques?

Contexte

Notre Cour a insisté sur l’importance de recourir à une méthode contextuelle pour établir l’équilibre approprié entre les droits individuels et les intérêts de l’État en vertu de l’article premier. Voir *Edmonton Journal*, précité, aux pp. 1355 et 1356. Il s’ensuit que, lorsque la liberté d’expression est en cause, il faut considérer la nature de la violation de l’al. 2b) pour déterminer si «la justification [de la restriction peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». Cela a été souligné dans *Keegstra*, précité, aux pp. 759 et 760, et sera examiné plus en profondeur dans l’analyse de la proportionnalité.

Tout simplement, la protection dont pourra bénéficier l’expression variera selon sa nature. Plus l’expression s’éloignera des valeurs centrales de ce droit, plus la capacité de justifier l’action restrictive de l’État sera grande. Ce point de vue a été approuvé par le juge La Forest dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480.

32

33

34

Prescribed by Law

35 The appellants submitted that ss. 298, 299 and 300 of the *Code* are too vague to constitute a limit prescribed by law. I cannot agree.

36 While the sections in question may not be perfectly drafted it must be remembered that words and phrases cannot always be measured with scientific precision. This concept was ably captured by Gonthier J. in *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 639:

Language is not the exact tool some may think it is. It cannot be argued that an enactment can and must provide enough guidance to predict the legal consequences of any given course of conduct in advance. All it can do is enunciate some boundaries, which create an area of risk. But it is inherent to our legal system that some conduct will fall along the boundaries of the area of risk; no definite prediction can then be made.

37 It follows that merely because ss. 298 to 300 may be subjected to various shading of interpretation does not mean they are unacceptably vague.

38 In considering this issue, the trial judge found that the definition of defamatory libel in s. 298 is set out in words of common usage capable of interpretation. In his view the section provides “an intelligible standard according to which the judiciary must do its work”, pursuant to the test laid out in *Irwin Toy, supra*. He found that it defines defamatory libel in a manner that provides an intelligible standard of conduct. In my view, the trial judge applied the proper tests and arrived at the correct result.

39 Any imprecision that may exist in these sections is properly addressed under the proportionality test. As Gonthier J. noted in *Nova Scotia Pharmaceutical, at p. 627*, “[t]he Court will be reluctant to find a disposition so vague as not to qualify as

Prescrite par une règle de droit

Les appelants soutiennent que les art. 298, 299 et 300 du *Code* sont trop imprécis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit. Je ne suis pas d'accord.

Même s'il se peut que les articles en question ne soient pas parfaits sur le plan de la rédaction, il faut se rappeler que les mots et groupes de mots ne peuvent pas toujours être évalués avec une précision scientifique. Cette notion est habilement exposée par le juge Gonthier, dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society, précité*, à la p. 639:

Le langage n'est pas l'instrument exact que d'aucuns pensent qu'il est. On ne peut pas soutenir qu'un texte de loi peut et doit fournir suffisamment d'indications pour qu'il soit possible de prédire les conséquences juridiques d'une conduite donnée. Tout ce qu'il peut faire, c'est énoncer certaines limites, qui tracent le contour d'une sphère de risque. Mais c'est une caractéristique inhérente de notre système juridique que certains actes seront aux limites de la ligne de démarcation de la sphère de risque; il est alors impossible de prédire avec certitude.

Il s'ensuit que ce n'est pas parce que leur interprétation peut donner lieu à des nuances différentes que les art. 298 à 300 sont d'une imprécision inacceptable.

En examinant ce point, le juge du procès a conclu que la définition de libelle diffamatoire, à l'art. 298, est formulée en termes d'usage courant qui peuvent faire l'objet d'une interprétation. Selon lui, l'article fournit «une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions», selon le critère établi dans *Irwin Toy, précité*. Il a statué qu'il définit le libelle diffamatoire d'une manière fixant une norme de conduite intelligible. Selon moi, le juge du procès a appliqué les bons critères et est parvenu au bon résultat.

Le critère de proportionnalité permet de remédier correctement à toute imprécision que ces articles peuvent receler. Comme le juge Gonthier l'a fait remarquer dans *Nova Scotia Pharmaceutical, à la p. 627*, «[I]a Cour hésitera à décider

'law' under s. 1 *in limine*, and will rather consider the scope of the disposition under the 'minimal impairment' test".

Is the Objective Pressing and Substantial?

The Objective of the Offence of Defamatory Libel

Once it is established that the offence constitutes a limit prescribed by law, it is necessary to determine whether that limit is a justifiable one in a free and democratic society. In order to do so it is first necessary to identify the aim or objective of the challenged sections at the time they were enacted. In *Zundel, supra*, at p. 761, it was emphasized that the application and interpretation of objectives may vary over time. However, a court must look to the intention of Parliament when the section was enacted, and cannot assign objectives according to the perceived reality of the challenged section.

The provisions pertaining to defamatory libel date back to the earliest versions of the *Code*, which codified the existing English law. The law in England had existed for several centuries. A brief historical inquiry is therefore necessary to discover the objective of those laws and the intention of the Canadian Parliament in adopting them.

This analysis was undertaken in some detail by the Manitoba Court of Appeal in *Stevens, supra*, especially in the reasons of Twaddle J.A. at pp. 286-94. He found that while the offence was originally enacted as a means of preventing duels fought in defence of the honour of defamed parties, and thus preventing breaches of the public peace, this initial purpose had long since been eclipsed by another objective: that of protecting personal reputation.

This conclusion was based in large part on the fact that the "modern" Canadian offence of defamatory libel is derived from a law first adopted by

qu'une disposition est imprécise au point de ne pas constituer une "règle de droit" au sens de l'article premier *in limine* et examinera plutôt la portée de la disposition sous l'éclairage du critère de l'"atteinte minimale"».

L'objectif est-il urgent et réel?

L'objectif de l'infraction de libelle diffamatoire

Dès qu'il est établi que l'infraction constitue une restriction prescrite par une règle de droit, il faut déterminer si cette restriction est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour ce faire, il faut d'abord déterminer le but ou l'objectif des articles contestés au moment de leur adoption. Dans l'arrêt *Zundel*, précité, à la p. 761, il a été souligné que l'application et l'interprétation d'objectifs peuvent varier avec le temps. Toutefois, une cour doit vérifier quelle était l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'article, et ne peut attribuer des objectifs en fonction de la façon dont cet article est maintenant perçu.

Les dispositions relatives au libelle diffamatoire remontent aux premières versions du *Code*, qui ont codifié la règle de droit anglaise alors en vigueur. Cette règle de droit existait depuis plusieurs siècles. Il faut donc faire un bref historique de ces dispositions afin de découvrir leur objectif et l'intention que le législateur canadien avait en les adoptant.

Cette analyse a été effectuée de façon assez détaillée par la Cour d'appel du Manitoba dans *Stevens*, précité, et plus particulièrement dans les motifs du juge Twaddle, aux pp. 286 à 294. Ce dernier a conclu que, bien que l'infraction ait d'abord visé à éviter des duels auxquels des parties diffamées se livraient pour défendre leur honneur, et ainsi, à éviter des violations de la paix publique, cet objectif initial avait depuis longtemps été supplanté par un autre objectif: la protection de la réputation personnelle.

Cette conclusion reposait en grande partie sur le fait qu'au Canada l'infraction «moderne» de libelle diffamatoire découle d'une loi adoptée pour

40

41

42

43

Parliament in 1874 (*An Act respecting the Crime of Libel*, S.C. 1874, c. 38), which was merely an adoption of the law of England as it existed at the time of Confederation. By that time, the original English offence of defamatory libel had been supplanted by an 1843 statute often referred to as *Lord Campbell's Act*. Its preamble asserted that the purpose of the Act was "For the better Protection of private Character". The comments of Lord Campbell himself, quoted at p. 105 of the report of the select House of Lords committee which formulated the recommendations that were ultimately reflected in *Lord Campbell's Act*, are revealing:

On Principle, I think that Defamation is a crime like Theft or Battery of the Person; It is doing an Injury to a Member of Society, who is entitled to the Protection of the Law, and the Person who perpetrates that Injury ought to be punished as an Example to others to prevent a repetition of the Offence.

44 Significantly this preamble was reproduced verbatim in the 1874 Canadian legislation. In addition the careful review undertaken by Twaddle J.A. of parliamentary debates concerning the enactment of this legislation revealed that the specific intention of Parliament was to adopt the objective of the English law, namely the protection of reputation (*Stevens, supra*, at pp. 291-92).

45 It is clear that by the time of the enactment of *Lord Campbell's Act*, the prevention of breaches of the peace was no longer the objective underlying the offence of defamatory libel. As Twaddle J.A. acknowledged, there remained a persistent judicial tendency throughout the 19th century to advert to the breach-of-peace requirement (see e.g. *R. v. Holbrook* (1878), 4 Q.B.D. 42). However, in light of all the circumstances surrounding the enactment of the statute, this could not have been the intention of the British Parliament at the time. The history of the law is indeed relatively clear. This was as well the view put forward by the House of Lords in *Gleaves, supra*.

46 Apart from the historical evidence supporting the position that the protection of reputation was

la première fois par le législateur en 1874 (*Acte concernant le crime de libelle*, S.C. 1874, ch. 38), qui ne faisait que reprendre la loi anglaise en vigueur à l'époque de la Confédération. L'infraction originale anglaise de libelle diffamatoire avait alors été remplacée par une loi de 1843 souvent désignée sous le nom de *Lord Campbell's Act*. Son préambule précisait que la Loi visait à «protéger plus efficacement la réputation des personnes». Les commentaires de lord Campbell lui-même, cités à la p. 105 du rapport du comité spécial de la Chambre des lords formulant les recommandations qui se sont reflétées en fin de compte dans la *Lord Campbell's Act*, sont révélateurs:

[TRADUCTION] En principe, je pense que la diffamation est un crime au même titre que le vol ou les voies de fait contre une personne; elle cause un préjudice à un membre de la société qui a droit à la protection de la loi, et l'auteur de ce préjudice devrait être puni de manière à servir d'exemple à autrui afin d'empêcher la répétition de cette infraction.

Il est significatif que ce préambule ait été reproduit mot à mot dans la loi canadienne de 1874. Par ailleurs, l'examen attentif que le juge Twaddle a effectué des débats parlementaires qui ont entouré l'adoption de cette loi a révélé que le législateur avait l'intention précise d'adopter l'objectif de la loi anglaise, soit la protection de la réputation (*Stevens, précité*, aux pp. 291 et 292).

Il est clair que, à l'époque de l'adoption de la *Lord Campbell's Act*, la prévention des violations de la paix n'était plus l'objectif sous-jacent de l'infraction de libelle diffamatoire. Comme le juge Twaddle l'a reconnu, les tribunaux ont constamment eu tendance, au cours du XIX^e siècle, à se référer à l'exigence relative à la violation de la paix (voir, par exemple, *R. c. Holbrook* (1878), 4 Q.B.D. 42). Toutefois, à la lumière de toutes les circonstances ayant entouré l'adoption de la loi en cause, ce ne pouvait pas avoir été l'intention du législateur britannique à l'époque. L'historique de cette loi est, en fait, relativement clair. C'est aussi l'avis que la Chambre des lords a exprimé dans *Gleaves, précité*.

Outre la preuve historique à l'appui du point de vue que la protection de la réputation était le prin-

the principal goal of the crime of defamatory libel, there is also convincing evidence of the original legislative purpose in the *Code* itself. The current s. 300 describes substantially the same offence as that of aggravated defamatory libel included in the first *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29. Then, as now, it was included under the heading "Offences Against the Person and Reputation". Indeed, the inclusion of "reputation" in the original heading could only have referred to defamatory libel, as it was the only offence of that nature contained in that part of the first *Code*.

Headings in a statute can properly be taken into account in determining the intentions of Parliament (*Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 377; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541). Indeed they have been used in interpreting *Criminal Code* provisions (*Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106, at pp. 119-21; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, at p. 189). The placement of s. 300 in this part of the *Code* can be contrasted with the "spreading false news" provision, which, as noted in *Zundel, supra*, at p. 763, was placed under the heading "Nuisances". Finally, the fact that there is a specific provision to prevent duelling (s. 71) under Part II "Offences Against Public Order" confirms that Parliament's primary aim in enacting s. 300 was the protection of reputation rather than that of preventing breaches of the peace.

The Importance of the Objective of Protecting Reputation

Is the goal of the protection of reputation a pressing and substantial objective in our society? I believe it is. The protection of an individual's reputation from wilful and false attack recognizes both the innate dignity of the individual and the integral link between reputation and the fruitful participation of an individual in Canadian society. Preventing damage to reputation as a result of criminal libel is a legitimate goal of the criminal law.

Le principal objectif de la création de l'infraction de libelle diffamatoire, le *Code* lui-même renferme d'autres éléments de preuve convaincants de cette intention initiale du législateur. L'article 300 actuel décrit essentiellement la même infraction que celle de libelle diffamatoire grave qui figurait dans le premier *Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29. À l'époque, comme aujourd'hui, cette disposition figurait sous la rubrique «Crimes contre la personne et la réputation». En fait, l'inclusion du mot «réputation» dans la rubrique originale ne pouvait renvoyer qu'au libelle diffamatoire, étant donné que c'était la seule infraction de cette nature que contenait cette partie du premier *Code*.

Les rubriques d'une loi peuvent, à bon droit, être prises en considération pour déterminer les intentions du législateur (*Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, à la p. 377; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541). En réalité, on y a eu recours pour interpréter des dispositions du *Code criminel* (*Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106, aux pp. 119 à 121; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170, à la p. 189). Le fait que l'art. 300 se trouve dans cette partie du *Code* peut être mis en contraste avec la disposition concernant la «diffusion de fausses nouvelles» qui, comme on l'a fait remarquer dans *Zundel*, précité, à la p. 763, se trouve sous la rubrique «Nuisances». Finalement, le fait qu'il existe, sous la rubrique «Infractions contre l'ordre public», une disposition précise interdisant les duels (art. 71) confirme que l'objectif premier que le législateur poursuivait en adoptant l'art. 300 était de protéger la réputation plutôt que d'empêcher les violations de la paix.

L'importance de l'objectif de protection de la réputation

La protection de la réputation est-elle un objectif urgent et réel dans notre société? Je crois que oui. La protection de la réputation d'une personne contre les attaques mensongères délibérées reconnaît à la fois la dignité innée de la personne et le rapport intégral qui existe entre la réputation d'une personne et sa participation utile à la société canadienne. La prévention du préjudice qui serait causé à la réputation par le libelle diffamatoire est un but légitime du droit criminel.

47

48

49

In *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, it was emphasized that it is of fundamental importance in our democratic society to protect the good reputation of individuals. On behalf of a unanimous court it was observed at p. 1175:

Although much has very properly been said and written about the importance of freedom of expression, little has been written of the importance of reputation. Yet, to most people, their good reputation is to be cherished above all. A good reputation is closely related to the innate worthiness and dignity of the individual. It is an attribute that must, just as much as freedom of expression, be protected by society's laws. . . .

Democracy has always recognized and cherished the fundamental importance of an individual. That importance must, in turn, be based upon the good repute of a person. . . . A democratic society, therefore, has an interest in ensuring that its members can enjoy and protect their good reputation so long as it is merited.

50

That a number of international conventions, ratified by Canada, contain explicit limitations of freedom of expression in order to protect the rights and reputations of individuals, further supports the conclusion that this constitutes a pressing and substantial objective. For example the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 19 December 1966, Can. T.S. 1976 No. 47, art. 17 provides that everyone has the right to the protection of the law against attacks on his or her honour and reputation. Similarly, the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 12 states that "[n]o one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks." Other conventions, including the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 221, art. 10, and the *American Convention on Human Rights*, O.A.S.T.S. No. 36, at 1, art. 13, provide expressly that freedom of expression is subject to laws necessary for the protection of the reputation of individuals. The existence of these provisions reflects a consensus within the international community

Dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, la Cour a souligné l'importance fondamentale pour notre société démocratique de protéger la bonne réputation des gens. On fait observer, au nom de la Cour à l'unanimité, à la p. 1175:

Bien que de nombreux commentaires judiciaires aient été formulés sur l'importance de la liberté d'expression, on ne peut en dire autant de la réputation. Pourtant, la plupart des gens tiennent plus que tout à leur bonne réputation, qui se rattache étroitement à la valeur et à la dignité innées de la personne. Elle est un attribut qui doit, au même titre que la liberté d'expression, être protégé par les lois de la société. . . .

Les démocraties ont toujours reconnu et révééré l'importance fondamentale de la personne. Cette importance doit, à son tour, reposer sur la bonne réputation. [. . .] Une société démocratique a donc intérêt à s'assurer que ses membres puissent jouir d'une bonne réputation et la protéger aussi longtemps qu'ils en sont dignes.

Le fait qu'un certain nombre de conventions internationales, ratifiées par le Canada, imposent des restrictions explicites à la liberté d'expression afin de protéger les droits et la réputation des gens étaye davantage la conclusion qu'il s'agit d'un objectif urgent et réel. Par exemple, l'art. 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, R.T. Can. 1976 n° 47, prévoit que chacun a droit à la protection de la loi contre les atteintes à son honneur et à sa réputation. De même, l'art. 12 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), affirme que «[n]ul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.» D'autres conventions, dont la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, art. 10, et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, O.A.S.T.S. n° 36, à la p. 1, art. 13, prévoient expressément que la liberté d'expression est assujettie aux lois nécessaires à la protection de la réputation des personnes. L'existence de ces dispo-

that the protection of reputation is an objective sufficiently important to warrant placing some restrictions upon freedom of expression.

Finally, it is significant that many other free and democratic societies have criminal libel laws, including Australia, Belgium, Denmark, France, The Netherlands, Norway, Sweden and Switzerland: *Carter-Ruck on Libel and Slander* (5th ed. 1997), chs. 27 and 29-33. Clearly, the protection of reputation is widely recognized as an important legislative endeavour.

Proportionality

Rational Connection

In *Oakes, supra*, at p. 139, Dickson C.J. defined the rational connection requirement of the s. 1 analysis as ensuring that the measures adopted are “carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations”.

As Iacobucci J. aptly observed in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at p. 352, “[r]ational connection is to be established, upon a civil standard, through reason, logic or simply common sense”. A common sense approach to the analysis of s. 300 and its defining provisions reveals that a rational connection does indeed exist. In order to protect individuals from wilful and false attacks on their reputations, Parliament has chosen to enact a law which prohibits the publication of injurious or insulting statements concerning another individual which are known to be false. The provision specifically addresses a targeted mischief.

I agree with Twaddle J.A.’s conclusion in *Stevens, supra*, that the offence of defamatory libel was carefully designed. He stated at pp. 295-96:

sitions révèle qu’il y a un consensus au sein de la communauté internationale sur le fait que la protection de la réputation est un objectif suffisamment important pour justifier l’imposition de certaines restrictions à la liberté d’expression.

51
Finalement, il est significatif que de nombreuses autres sociétés libres et démocratiques aient des lois criminelles relatives à la diffamation, notamment l’Australie, la Belgique, le Danemark, la France, les Pays-Bas, la Norvège, la Suède et la Suisse: *Carter-Ruck on Libel and Slander* (5^e éd. 1997), ch. 27 et 29 à 33. Il est clair que la protection de la réputation est largement reconnue comme une entreprise législative importante.

Proportionnalité

Le lien rationnel

52
Dans l’arrêt *Oakes*, précité, à la p. 139, le juge en chef Dickson a décrit l’exigence de lien rationnel, dans l’analyse fondée sur l’article premier, comme assurant que les mesures adoptées soient «soigneusement conçues pour atteindre l’objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles».

53
Comme le juge Iacobucci l’a pertinemment fait observer dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, à la p. 352, «[l]e lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens». Une analyse, fondée sur le bon sens, de l’art. 300 et de ses dispositions définitionnelles révèle qu’il existe bel et bien un lien rationnel. Pour protéger les gens contre les attaques mensongères délibérées à leur réputation, le législateur a choisi d’adopter une loi qui interdit de publier des déclarations préjudiciables ou outrageantes au sujet d’une autre personne, que l’on sait être fausses. La disposition vise expressément un méfait bien précis.

54
Je suis d’accord avec la conclusion tirée par le juge Twaddle dans *Stevens*, précité, selon laquelle l’infraction de libelle diffamatoire a été soigneusement conçue. Il affirme, aux pp. 295 et 296:

I cannot think of a more rational way to protect the reputation of individuals from wilful and false attack than the creation of the aggravated offence crafted by the committee. It is narrowly defined and catches only the most odious offenders. Yet it does offer substantial protection by deterring those very offenders from committing their outrageous offences. The impugned measure is thus rationally connected to its objective.

55 The appellants argued that the provisions cannot be an effective way of achieving the objective. They contended that this was apparent from the fact that criminal prosecutions for defamation are rare in comparison to civil suits. However, it has been held that “[t]he paucity of prosecutions does not necessarily reflect on the seriousness of the problem”, rather it “might be affected by a number of factors such as the priority which is given to enforcement by the police and the Crown” (*R. v. Loba*, [1994] 3 S.C.R. 965, at p. 1007 (emphasis added)). There are numerous provisions in the *Code* which are rarely invoked, such as theft from oyster beds provided for in s. 323 or high treason in s. 46. Yet, the infrequency of prosecutions under these provisions does not render them unconstitutional or ineffective. I agree that the small number of prosecutions under s. 300 may well be due to its effectiveness in deterring the publication of defamatory libel (*Stevens, supra*, at p. 310).

56 In my view s. 300 is rationally connected to the legislative objective of protecting the reputation of individuals.

Minimal Impairment

57 The minimal impairment analysis requires a determination as to whether ss. 298-300 of the *Code* limit freedom of expression as little as possible (*Oakes, supra*). It is particularly important at this stage to bear in mind the negligible value of defamatory expression. This significantly reduces the burden on the respondent to demonstrate that the provision is minimally impairing.

[TRADUCTION] Je ne puis imaginer un moyen plus rationnel de protéger la réputation d’une personne contre toute attaque mensongère délibérée que la création de l’infraction grave conçue par le comité. Elle est définie étroitement et ne vise que les contrevenants les plus odieux. Elle offre pourtant une protection importante en dissuadant précisément ces contrevenants de commettre leurs infractions scandaleuses. La mesure contestée a donc un lien rationnel avec son objectif.

Les appelants ont allégué que les dispositions ne peuvent pas être un moyen efficace de réaliser l’objectif visé. Ils ont soutenu que cela ressortait du fait que les poursuites criminelles pour diffamation sont rares comparativement aux poursuites civiles. Toutefois, il a été statué que «[l]e nombre peu élevé [de poursuites intentées] ne témoigne pas nécessairement de la gravité du problème», mais qu’«[u]n certain nombre de facteurs peuvent influencer [sur celui-ci], comme la priorité que les policiers et le ministère public accordent à l’application de la disposition» (*R. c. Loba*, [1994] 3 R.C.S. 965, à la p. 1007 (je souligne)). De nombreuses dispositions du *Code* sont rarement invoquées, comme celles relatives au vol dans une huître défini à l’art. 323, ou à la haute trahison prévue à l’art. 46. Pourtant, la rareté des poursuites fondées sur ces dispositions ne les rend pas inconstitutionnelles ou inefficaces. Je suis d’accord pour dire que le petit nombre de poursuites fondées sur l’art. 300 peut bien résulter de son efficacité pour ce qui est de dissuader les gens de publier des libelles diffamatoires (*Stevens, précité*, à la p. 310).

À mon avis, l’art. 300 a un lien rationnel avec l’objectif législatif de protection de la réputation des personnes.

L’atteinte minimale

Pour décider s’il y a atteinte minimale, il faut déterminer si les art. 298 à 300 du *Code* restreignent le moins possible la liberté d’expression (*Oakes, précité*). À ce stade, il est particulièrement important de garder à l’esprit la valeur négligeable de l’expression diffamatoire. Cela réduit sensiblement l’obligation de l’intimé de démontrer que la disposition ne porte qu’une atteinte minimale.

Mens Rea Requirement

On its face, s. 300 requires but one form of *mens rea*, namely knowledge of falsity. There is no express requirement that an accused have an intention to defame. The appellants forcefully contend that such a deficiency would not minimally impair freedom of expression, and may indeed constitute a separate unjustifiable s. 7 infringement, because it would unreasonably extend the offence to apply to persons honestly believing the words they used are not defamatory and to those repeating another's defamatory words in order to inform the public. However, a historical review of the application of *mens rea* in the context of defamatory libel and the application of traditional principles of statutory interpretation lead inevitably to the conclusion that such an intention is indeed required and that s. 300 should be read accordingly.

Early English cases dealing with defamatory libel clearly stated that there is a requirement that an intention to defame must be demonstrated. A thorough review of these cases was undertaken by Judge Giesbrecht of the Manitoba Provincial Court in *R. v. Stevens* (1993), 82 C.C.C. (3d) 97, at pp. 134 *et seq.*, and by Twaddle J.A., on appeal. In *R. v. Lord Abingdon* (1794), 1 Esp. 226, 170 E.R. 337, at p. 228, Lord Kenyon, Chief Justice of the King's Bench, in dealing with an issue of defamatory libel was reported as saying:

That in order to constitute a libel, the mind must be in fault, and shew a malicious intention to defame, for, if published inadvertently, it would not be a libel; but where a libellous publication appeared unexplained by any evidence, the jury should judge from the overt act, and where the publication contained a charge slanderous in its nature, should from thence infer that the intention was malicious.

Twaddle J.A. noted that the second part of Lord Kenyon's remarks could explain why many English cases never expressly dealt with intention to defame. He observed that "[t]he presumption that a person intends the natural consequences of his or her actions was seen as a legal one"

L'exigence de mens rea

À première vue, l'art. 300 n'exige qu'une seule forme de *mens rea*, soit la connaissance de la fausseté. Il n'y a aucune exigence expresse que l'accusé ait l'intention de diffamer. Les appelants font valoir énergiquement qu'un tel défaut ne porterait pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression et qu'il pourrait en fait constituer une autre atteinte injustifiable à l'art. 7, du fait qu'il étendrait déraisonnablement l'application de l'infraction aux personnes qui croient sincèrement que les propos qu'elles ont tenus ne sont pas diffamatoires et à celles qui répètent les propos diffamatoires d'autrui dans le but d'informer le public. Cependant, l'historique de l'application de la *mens rea* dans le contexte du libelle diffamatoire et l'application des principes traditionnels d'interprétation des lois amènent inévitablement à conclure qu'une telle intention est vraiment requise et que l'art. 300 devrait être interprété en conséquence.

Dans l'ancienne jurisprudence anglaise qui porte sur le libelle diffamatoire, on affirme clairement qu'il faut démontrer l'existence de l'intention de diffamer. Un examen approfondi de cette jurisprudence a été effectué par le juge Giesbrecht de la Cour provinciale du Manitoba, dans *R. c. Stevens* (1993), 82 C.C.C. (3d) 97, aux pp. 134 *et suiv.*, et par le juge Twaddle, en appel. Dans *R. c. Lord Abingdon* (1794), 1 Esp. 226, 170 E.R. 337, à la p. 228, lord Kenyon, juge en chef du Banc du Roi, aurait affirmé au sujet d'une question de libelle diffamatoire:

[TRADUCTION] Pour qu'il y ait libelle, l'esprit doit être fautif et révéler une intention malicieuse de diffamer, parce que, s'il y avait publication par inadvertance, il n'y aurait pas libelle; mais lorsqu'aucune preuve ne vient expliquer la publication d'un libelle, le jury devrait juger d'après l'acte manifeste et, lorsque la publication contenait une attaque de nature diffamatoire, il devrait en déduire que l'intention était malicieuse.

Le juge Twaddle a souligné que la deuxième partie des commentaires de lord Kenyon pouvait expliquer pourquoi maintes décisions anglaises n'ont jamais traité expressément de l'intention de diffamer. Il a fait observer que [TRADUCTION] «[l]a présomption qu'une personne veut les consé-

58

59

60

(*Stevens, supra*, at p. 300) and that it was not until 1967 that this presumption was “relegated to an inference of fact which a jury might, but need not, make”. It follows therefore that a person proved to have published defamatory material was presumed to have intended to defame.

61 Other English cases have held that there was a necessity to prove that there was an intention to defame (see e.g. *Holbrook, supra*, at p. 50, and *R. v. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873, at p. 126).

62 It is apparent that by the end of the 19th century in England proof of intention to defame was a necessary ingredient of criminal libel (although, this was often presumed from the defamatory nature of the publication). This view is supported by English authors. For instance, Sir James Stephen in *A History of the Criminal Law of England*, vol. 2 (1883), at pp. 358-59, wrote:

The effect of the Libel Act [Fox’s] and of the discussions which led to it, was thus to embody in the definition of the crime of seditious libel the existence of some kind of bad intention on the part of the offender. . . . [T]he Libel Act does not say whether the averments as to the specific intentions of the defendant in such cases are or are not material. It no doubt, however, assumes them to be so, and the law has ever since been administered upon the supposition that they are.

Similarly, Glanville Williams in *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961) states at p. 67, § 29 that:

Libel requires *mens rea* at least in the sense that the defendant (or, as we shall see, his servant) must have intended to defame, or been reckless as to the defamatory meaning of his words.

63 In Canada, there is relatively little authority dealing with the *mens rea* requirement of the offence of defamatory libel. However, I find the

quences naturelles de ses actes était considérée comme une présomption légale» (*Stevens, précité*, à la p. 300), et que ce n’est qu’à compter de 1967 que cette présomption a été [TRADUCTION] «reléguée au rang de conclusion de fait qu’un jury pourrait tirer sans être tenu de le faire». Il s’ensuit donc que, du moment qu’il était prouvé qu’une personne avait publié une matière diffamatoire, cette personne était présumée avoir eu l’intention de diffamer.

Dans d’autres décisions anglaises, il a été statué qu’il était nécessaire d’établir l’intention de diffamer (voir, par exemple, *Holbrook, précité*, à la p. 50, et *R. c. Burdett* (1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873, à la p. 126).

Il appert que, à la fin du XIX^e siècle en Angleterre, la preuve de l’intention de diffamer était un élément essentiel de la diffamation criminelle (même si on en présumait souvent l’existence d’après la nature diffamatoire de la publication). Ce point de vue est étayé par des auteurs anglais. Par exemple, sir James Stephen, dans *A History of the Criminal Law of England*, vol. 2 (1883), aux pp. 358 et 359, écrit:

[TRADUCTION] Le Libel Act [Fox’s] et les discussions qui y ont abouti devait donc intégrer à la définition du crime de libelle séditieux l’existence d’une sorte de mauvaise intention chez le contrevenant. [. . .] [L]e Libel Act ne précise pas si les affirmations concernant les intentions particulières du défendeur en pareils cas sont pertinentes. Cependant, il ne fait aucun doute qu’il présume qu’elles le sont et l’application de la loi a toujours, depuis lors, été fondée sur la supposition qu’elles le sont.

De même, Glanville Williams, dans *Criminal Law: The General Part* (2^e éd. 1961), affirme, à la p. 67, § 29, que:

[TRADUCTION] Le libelle exige la *mens rea* au moins en ce sens que le défendeur (ou, comme nous le verrons, son préposé) doit avoir eu l’intention de diffamer, ou s’être montré indifférent quant au sens diffamatoire de ses propos.

Au Canada, il y a relativement peu de jurisprudence concernant la *mens rea* requise pour l’infraction de libelle diffamatoire. Cependant, je

historical approach to *mens rea* taken in England persuasive. It is also helpful to consider principles of interpretation.

Sound guidance and an excellent point of commencement are provided by Lord Reid in *Sweet v. Parsley*, [1970] A.C. 132 (H.L.), at page 148:

Sometimes the words of the section which creates a particular offence make it clear that *mens rea* is required in one form or another. Such cases are quite frequent. But in a very large number of cases there is no clear indication either way. In such cases there has for centuries been a presumption that Parliament did not intend to make criminals of persons who were in no way blameworthy in what they did. That means that whenever a section is silent as to *mens rea* there is a presumption that, in order to give effect to the will of Parliament, we must read in words appropriate to require *mens rea*.

Canadian courts have held that, in the absence of an express legislative provision, it should be presumed that proof of subjective *mens rea* is a requirement of criminal offences (*R. v. Sault Ste. Marie (City)*, [1978] 2 S.C.R. 1299 *per* Dickson J. (as he then was); *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636). That principle is applicable in this case. The goal of minimally impairing free expression cannot be achieved without imposing a *mens rea* requirement of an intention to defame.

As Twaddle J.A. pointed out in *Stevens, supra*, at p. 303, it is appropriate to read a criminal statute so that it conforms with *Charter* principles:

Now, not only jurisdictional concerns would dictate reading a *mens rea* requirement into a criminal statute; *Charter* concerns would also do so. Thus, in *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food & Commercial Workers, Local 832* (1987), 38 D.L.R. (4th) 321 at p. 331, [1987] 1 S.C.R. 110, 87 C.L.L.C. ¶14,015, Beetz J., delivering the judgment of the court, said:

Still another meaning of the “presumption of constitutionality” is the rule of construction under which an impugned statute ought to be construed, whenever

trouve convaincante l’analyse historique de la *mens rea* à laquelle on a procédé en Angleterre. Il est aussi utile de prendre en considération les principes d’interprétation.

Lord Reid, dans *Sweet c. Parsley*, [1970] A.C. 132 (H.L.), à la p. 148, fournit des conseils judiciaires et un excellent point de départ:

[TRADUCTION] Parfois, les mots de l’article créant une infraction particulière précisent clairement que la *mens rea* sous une forme ou sous une autre est nécessaire. Il est très fréquent qu’il en soit ainsi. Mais dans un très grand nombre de cas, il n’y a aucune indication précise dans un sens ou dans l’autre. Dans ces cas, on présume, depuis des siècles, que le législateur n’avait pas l’intention de qualifier de criminels des personnes qui ne pouvaient en aucune façon être blâmées pour ce qu’elles avaient fait. Cela signifie que, chaque fois qu’un article est muet quant à la *mens rea*, il y a présomption que, pour accomplir la volonté du législateur, nous devons lui donner une interprétation large exigeant la *mens rea*.

Les tribunaux canadiens ont statué qu’en l’absence d’une disposition législative expresse il y a lieu de présumer que la preuve de la *mens rea* subjective est un élément nécessaire d’une infraction criminelle (*R. c. Sault Ste-Marie (Ville)*, [1978] 2 R.C.S. 1299, le juge Dickson (plus tard Juge en chef); *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636). Ce principe est applicable en l’espèce. L’objectif de l’atteinte minimale à la liberté d’expression ne peut être réalisé sans l’imposition d’une exigence de *mens rea* consistant en l’intention de diffamer.

Comme le juge Twaddle l’a indiqué dans *Stevens*, précité, à la p. 303, il convient d’interpréter une loi criminelle de manière à ce qu’elle soit conforme aux principes de la *Charte*:

[TRADUCTION] Maintenant, ce n’est pas seulement pour des raisons de compétence qu’il faudrait interpréter une loi criminelle comme exigeant la *mens rea*; des préoccupations liées à la *Charte* le dicteraient aussi. Ainsi, dans *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. c. Manitoba Food & Commercial Workers, Local 832* (1987), 38 D.L.R. (4th) 321, à la p. 331, [1987] 1 R.C.S. 110, 87 C.L.L.C. ¶14,015, le juge Beetz, prononçant l’arrêt de la Cour, a dit:

Dans un autre sens, la «présomption de constitutionnalité» est la règle d’interprétation selon laquelle une loi contestée doit, autant que possible, être inter-

possible, in such a way as to make it conform to the Constitution.

préée de manière qu'elle soit conforme à la Constitution.

66 Similarly, in *Nova Scotia Pharmaceutical, supra*, at p. 660, it was held that where two possible interpretations of a provision are possible, it is the one that embodies the *Charter* values that should be adopted. It follows that the Crown must prove that the accused intended to defame.

De même, dans *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, à la p. 660, il a été statué que, lorsqu'il y a deux interprétations possibles d'une disposition, il y a lieu d'adopter celle qui incorpore les valeurs de la *Charte*. Il s'ensuit que le ministère public doit établir que l'accusé avait l'intention de diffamer.

67 It would be contrary to constitutional principles to interpret s. 300 as requiring anything less than a subjective intent to defame. That proof of intent to defame is required by the section is also readily ascertainable from the historical treatment of similar provisions.

Il serait contraire aux principes constitutionnels d'interpréter l'art. 300 comme exigeant moins qu'une intention subjective de diffamer. D'après la manière dont des dispositions semblables ont été traitées dans le passé, il est également facile de constater que cet article exige la preuve de l'intention de diffamer.

68 Accordingly, the Crown can only make out the offence of defamatory libel if it proves beyond a reasonable doubt that the accused intended to defame the victim. This requirement places a sufficiently onerous burden on the Crown to make the *mens rea* aspect of the provision minimally intrusive.

Par conséquent, le ministère public ne peut établir l'existence d'une infraction de libelle diffamatoire que s'il prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention de diffamer la victime. Cette condition impose au ministère public une charge de preuve suffisamment lourde pour faire de l'aspect *mens rea* de l'infraction une atteinte minimale.

The Criminal/Civil Law Dichotomy

La dichotomie droit criminel/droit civil

69 The next issue raised by the appellants which is related to minimal impairment is whether the defamatory libel provisions in the *Code* are overbroad as a result of the civil remedy in libel which also protects the reputation of individuals. The appellants argued that the protection of reputation can be adequately achieved through the use of civil law with the result that the use of the punitive criminal sanctions is not minimally impairing. I cannot agree with this submission.

La question suivante que les appelants soulèvent au sujet de l'atteinte minimale est de savoir si les dispositions du *Code* relatives au libelle diffamatoire sont trop générales en raison du recours civil qui protège aussi la réputation des personnes contre le libelle. Les appelants font valoir que la protection de la réputation peut adéquatement être réalisée grâce au droit civil, de sorte que le recours aux sanctions criminelles punitives ne constitue pas une atteinte minimale. Je ne puis retenir cet argument.

70 The continued existence of parallel but distinct civil and criminal laws concerning defamatory libel reflects the view of Parliament that while victims of such wrongs may well deserve to be compensated, perpetrators who wilfully and knowingly publish lies deserve to be punished for their grievous misconduct. Criminal law and civil law serve different purposes. It is true they share certain

L'existence continue de lois civiles et de lois criminelles parallèles mais distinctes concernant le libelle diffamatoire reflète le point de vue du législateur selon lequel, tandis que les victimes de telles fautes peuvent bien mériter d'être indemnisées, les contrevenants qui publient délibérément et sciemment des mensonges méritent d'être punis pour leur conduite grave. Le droit criminel et le droit

deterrent aspects. Yet the principal object of criminal law is the recognition of society's abhorrence of a criminal act and the punishment of criminal behaviour. Civil law has as its main goal compensation through awards of damages for injuries suffered by an individual at the hands of another. Further, although many criminal offences make victims of individuals, criminal law treats all crimes as offences against society. It is the state that prosecutes the offender in a public forum. The interests of the state are paramount while the interests of victims are peripheral. On the other hand, the civil process envisions the victim herself seeking vindication and compensation by confronting the individual who wronged her.

It has been held that it is appropriate for different branches of the law to recognize different kinds and degrees of harm flowing from the same wrong. In *Wigglesworth*, *supra*, at pp. 566-67, Wilson J., writing for the majority, adopted the following passage from the reasons of the Court of Appeal:

A single act may have more than one aspect, and it may give rise to more than one legal consequence. . . . For example a doctor who sexually assaults a patient will be liable, at one and the same time, to a criminal conviction at the behest of the state; to a judgment for damages, at the instance of the patient, and to an order of discipline on the motion of the governing council of his profession.

The existence of criminal sanctions for acts which are also considered tortious often ensures that those who commit acts which society has deemed egregious are properly punished. The criminal negligence provisions, for instance, constitute an important deterrent of negligent behaviour and uphold appropriate community standards with respect to activities such as driving. In cases of criminal negligence, no one would argue that because an individual can seek monetary compensation for the damages occasioned by a negligent person there should be no corresponding public expression of society's profound disapproval of

civil servant des fins différentes. Il est vrai qu'ils ont en commun certains aspects dissuasifs. Cependant, le droit criminel a principalement pour objet de reconnaître l'aversion de la société pour les actes criminels et de punir les comportements criminels. Le droit civil vise principalement l'indemnisation, au moyen de dommages-intérêts, du préjudice causé à une personne par une autre personne. En outre, bien que les victimes de nombreuses infractions criminelles soient des personnes, le droit criminel traite tous les crimes comme des infractions contre la société. C'est l'État qui intente une action publique contre le contrevenant. Les intérêts de l'État sont prépondérants, alors que ceux de la victime sont secondaires. Par contre, le processus civil voit la victime chercher elle-même à faire valoir ses droits et à obtenir une indemnisation en affrontant la personne qui lui a causé du tort.

Il a été statué qu'il convient que différents domaines du droit reconnaissent différents types et degrés de préjudice découlant de la même faute. Dans l'arrêt *Wigglesworth*, précité, aux pp. 566 et 567, le juge Wilson a adopté, au nom de la Cour à la majorité, le passage suivant des motifs de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Il est possible qu'un acte unique comporte plus d'un aspect et entraîne plus d'une conséquence juridique. [. . .] Ainsi, un médecin qui commet une agression sexuelle contre un patient sera passible à la fois d'une condamnation au criminel à l'instigation de l'État, d'une poursuite en dommages-intérêts sur les instances du patient, et d'une sanction disciplinaire à la demande du conseil d'administration de sa profession.

L'existence de sanctions criminelles pour des actes qui sont aussi considérés comme des délits civils garantit souvent que les auteurs d'actes jugés odieux par la société seront convenablement punis. Les dispositions en matière de négligence criminelle, par exemple, ont un effet important pour ce qui est de dissuader d'adopter un comportement négligent et maintiennent des normes sociales appropriées relativement à des activités comme la conduite automobile. Dans les cas de négligence criminelle, personne n'alléguerait que, parce que quelqu'un peut réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice résultant de la négligence d'au-

71

72

egregiously negligent conduct. This can as well be said of acts of assault, sexual assault, fraud, trespass, and indeed murder or manslaughter, all of which may give rise to criminal and civil proceedings.

73

I believe the same is also true of defamatory libel. Although it is important to recognize the right of the person defamed to sue for monetary damages it is equally if not more important that society discourage the intentional publication of lies calculated to expose another individual to hatred and contempt. The harm addressed by s. 300 is so grave and serious that the imposition of a criminal sanction is not excessive but rather an appropriate response. Defamatory libel can cause long-lasting or permanent injuries to the victim. The victim may be forever demeaned and diminished in the eyes of her community. The conduct which injures reputation by criminal libel is just as blameworthy as other conduct readily accepted as criminal, such as a deliberate assault or causing damage to property. Moreover, the offence requires an intent to defame and knowledge of the falsity of the publication. This state of mind is just as culpable and morally blameworthy as that of the perpetrator of many other offences. The harm that acts of criminal libel can cause is so grievous and the object of the section to protect the reputation of individuals is so meritorious that the criminal offence is of such importance that the offence should be maintained.

74

The other reason for the existence of both a criminal and a civil remedy for defamation lies in a recognition of the problems and weaknesses that exist in civil proceedings in our present society. Civil proceedings can be prohibitively expensive for many Canadians. Even if a victim can afford to bring an action before the civil courts, a civil action will have little, if any, deterrent effect on impecunious defendants. Those whose work

trui, il ne devrait y avoir aucune expression publique correspondante de la profonde désapprobation sociale d'une conduite grossièrement négligente. On peut en dire autant des voies de fait, des agressions sexuelles, de la fraude, de l'intrusion et, en réalité, du meurtre ou de l'homicide involontaire coupable: tous ces actes peuvent donner lieu à des procédures criminelles et à des procédures civiles.

Je crois qu'il en va de même pour le libelle diffamatoire. Bien qu'il soit important de reconnaître à la personne diffamée le droit d'intenter une action en dommages-intérêts, il est tout aussi important, sinon plus, que la société dissuade les gens de publier intentionnellement des mensonges destinés à exposer quelqu'un à la haine et au mépris. Le préjudice visé par l'art. 300 est si grave que l'imposition de sanctions criminelles n'est pas excessive, mais constitue plutôt une réponse appropriée. Le libelle diffamatoire peut causer à la victime des préjudices durables ou permanents. La victime peut à jamais être avilie et diminuée aux yeux de sa collectivité. Les actes de diffamation criminelle qui nuisent à la réputation sont tout aussi répréhensibles que les autres actes aisément reconnus comme étant criminels, tels que les voies de fait délibérées ou les dommages causés aux biens. En outre, l'infraction exige l'intention de diffamer et la connaissance de la fausseté de ce qui est publié. Cet état d'esprit est tout aussi coupable et moralement répréhensible que celui de l'auteur de bien d'autres infractions. Le préjudice que peuvent causer les actes de diffamation criminelle est si odieux et l'objectif de l'article, qui est de protéger la réputation des gens, est si louable que l'infraction criminelle est d'une importance telle qu'elle devrait être maintenue.

L'autre raison de l'existence à la fois d'un recours civil et d'un recours criminel est la reconnaissance des problèmes et des faiblesses des procédures civiles dans notre société actuelle. Les procédures civiles peuvent comporter des coûts prohibitifs pour bien des Canadiens. Même si une victime peut se permettre d'intenter une action devant les tribunaux civils, son action ne pourra avoir que peu d'effet dissuasif sur les défendeurs

makes them especially vulnerable to criminal libel, like social workers, police officers or nurses, require the protection which only the criminal law can provide. When they are victimized by someone with no means of satisfying a civil judgment, a criminal recourse may be their only means of vindication and the only solution that offers a first step on the road to restoring their good reputation in the community.

This reality has been recognized as an important justification for retaining the criminal offence of defamation by the Australian Capital Territory Community Law Reform Committee (in its *Defamation Report* (1995)):

... a number of subterfuges have been used to avoid civil liability for defamatory conduct. Ultimately, a criminal sanction is the only real sanction against someone who has made themselves an uneconomic civil target or who defames a person or body that cannot be expected to take a civil action.

Similarly, the English Commission concluded that there is a need for the criminal offence of defamatory libel:

... there are instances where defamatory publications may cause very serious damage to a person's life which it is in the public interest to prevent or, where the matter has already been published, to punish. Provided that the terms of any new offence are not such as to inhibit genuine freedom of speech and conform to the general principles of the criminal law, we consider that, not only can there be no objection in principle, but that such an offence is needed.

(Quoted in Law Reform Commission (Ireland), *Consultation Paper on the Crime of Libel* (1991), at p. 145.)

It is true that Canadian Law Reform Commissions have reached a different conclusion on the utility of the criminal defamation provisions. However, for the reasons noted earlier I cannot accept their position that the civil law adequately protects the reputation of individuals from defamatory

impécunieux. Les gens qui, en raison de leur métier, sont particulièrement exposés à la diffamation criminelle, tels les travailleurs sociaux, les policiers ou les infirmiers, ont besoin de la protection que seul le droit criminel peut leur assurer. Lorsqu'ils sont victimes d'une personne qui n'a pas les moyens de verser des dommages-intérêts accordés par un tribunal civil, le recours criminel peut être leur seul moyen de faire valoir leurs droits et de commencer à rétablir leur réputation dans la collectivité.

Dans son *Defamation Report* (1995), le Community Law Reform Committee du Territoire de la capitale de l'Australie a reconnu ce fait comme une raison importante de conserver l'infraction criminelle de diffamation:

[TRADUCTION] ... on a eu recours à un certain nombre de subterfuges pour échapper à la responsabilité civile résultant d'une conduite diffamatoire. Finalement, la sanction criminelle est la seule véritable sanction contre la personne qui a fait d'elle une cible insolvable au civil ou qui diffame une autre personne ou un organisme dont on ne peut pas s'attendre qu'ils tenteront des procédures civiles.

De même, la Commission anglaise a conclu à la nécessité de l'existence d'une infraction criminelle de libelle diffamatoire:

[TRADUCTION] ... il y a des cas où les publications diffamatoires peuvent causer un préjudice très grave à la vie d'une personne, ce qu'il est dans l'intérêt public d'empêcher ou, si la matière a déjà été publiée, de punir. Pourvu que toute nouvelle infraction ne soit pas rédigée de manière à porter atteinte à la véritable liberté d'expression et qu'elle soit conforme aux principes généraux du droit criminel, nous sommes d'avis que, non seulement il ne saurait y avoir d'opposition de principe, mais que l'existence de cette infraction est nécessaire.

(Cité dans Law Reform Commission (Irlande), *Consultation Paper on the Crime of Libel* (1991), à la p. 145.)

Il est vrai que les commissions canadiennes de réforme du droit ont tiré des conclusions différentes quant à l'utilité de dispositions criminelles en matière de diffamation. Toutefois, pour les raisons déjà exposées, je ne puis accepter leur point de vue selon lequel le droit civil protège adéquate-

75

76

attacks. Further, to accept the position that because offensive conduct can be pursued through private litigation it cannot be prosecuted criminally would seriously undermine Parliament's authority to determine what conduct amounts to a public wrong. As far as defamation is concerned, civil and criminal processes can effectively co-exist. The criminal offence is not overbroad or ineffectual simply because a civil remedy exists.

Impugned Phrases and Terminology

77 The appellants argued that certain terms and phrases in ss. 298, 299 and 300 cast too wide a net to meet the minimal impairment standards required by s. 1 of the *Charter*.

(1) Section 298 — “designed to insult”

78 Section 298 defines those modes of expression which can be characterized as defamatory libel. Included in that definition is a “matter published . . . that is designed to insult the person of or concerning whom it is published”. The appellants argued that this phrase encompasses a broad range of expression, much of which would cause no real harm to the reputation of the person insulted. As the appellants point out, not even the civil law of libel punishes mere insults.

79 I agree that the provision would be overly intrusive if it were to be construed so that mere insults should constitute a criminal offence. However, the provision must be read in the context of the purpose of the section to protect the reputation of individuals. As well it must, as a criminal statute, be interpreted so as to give the accused the greatest protection possible.

80 In order to interpret the words “designed to insult” appearing in s. 298, the French version of the section must be considered. This was the

ment la réputation des personnes contre les attaques diffamatoires. En outre, accepter le point de vue selon lequel la conduite fautive qui peut faire l'objet de poursuites civiles ne saurait faire l'objet de poursuites criminelles minerait sérieusement le pouvoir du législateur de déterminer quelle conduite constitue un tort public. En ce qui concerne la diffamation, les procédures civiles et criminelles peuvent effectivement coexister. L'infraction criminelle n'est pas sans effet ou trop générale simplement parce qu'un recours civil existe.

Mots et groupes de mots contestés

Les appelants ont allégué que certains mots et groupes de mots de la version anglaise des art. 298, 299 et 300 donnent à ces dispositions une trop grande portée pour que les normes d'atteinte minimale prescrites par l'article premier de la *Charte* soit respectées.

(1) Article 298 — «*designed to insult*»

L'article 298 définit les modes d'expression qui peuvent être qualifiés de libelle diffamatoire. Cette définition comprend notamment, en anglais, les mots «*matter published [. . .] that is designed to insult the person of or concerning whom it is published*». Les appelants font valoir que ces mots visent toute une gamme d'expressions, dont bon nombre ne causeraient aucun préjudice réel à la réputation de la personne insultée. Comme les appelants l'indiquent, même le droit civil concernant le libelle ne punit pas les simples insultes.

Je suis d'accord pour dire que la disposition serait trop attentatoire si elle devait être interprétée de façon à ce que même les simples insultes constituent une infraction criminelle. Cependant, la disposition doit être interprétée dans le contexte de l'objectif de l'article, qui est de protéger la réputation des personnes. De même, cette disposition doit, à titre de mesure législative criminelle, être interprétée de manière à accorder à l'accusé la plus grande protection possible.

Pour interpréter les mots «*designed to insult*» à l'art. 298, il faut prendre en considération la version française de l'article. C'est la méthode que le

approach carefully adopted by Lamer J. (as he then was) in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 287. There the French version of s. 24(2) of the *Charter* was utilized to determine the appropriate threshold for the exclusion of evidence. Although the English version mandates exclusion where the admission of evidence “would bring the administration of justice into disrepute”, he found that the French text used a lower threshold through the words “*est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice*”. In order to give proper effect to the purpose of s. 24(2) to protect the accused’s right to a fair trial, Lamer J. read s. 24(2) in accordance with the less onerous French text and concluded that the exclusion of evidence was required whenever the admission could bring the administration of justice into disrepute.

In this case, the language used in the French text indicates a higher threshold with respect to defamatory insults. The French version of the *Code* provides as a definition of defamatory libel a published matter which is “*destinée à outrager*”. The use of the word “*outrager*” rather than the literal translation of “insult” suggests a grave insult is necessary and that anything less will not be sufficient to trigger the defamatory libel provisions. According to *Le Nouveau Petit Robert* (1996), “*outrager*” means “[o]ffenser gravement par un outrage (actes ou paroles)”; “*outrage*” is defined as “[o]ffense ou injure extrêmement grave (de parole ou de fait)”. The stronger meaning of the term “*outrage*” is clear when one notes the other places in the French version of the *Code* where it is used. For instance, the offence of contempt of court in s. 708 is referred to as “*outrage au tribunal*” in the French version. “*Outrage*” is also used in s. 182(b) (“*outrage . . . envers un cadavre*”) which prohibits the offering of any indignity to human remains.

When s. 298 is read in the context of the aim of the section and the French text is taken into account it becomes apparent that the phrase “or that is designed to insult the person” should be

juge Lamer (maintenant Juge en chef) a soigneusement adoptée dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 287. Dans cet arrêt, la version française du par. 24(2) de la *Charte* a été utilisée pour déterminer le seuil d’exclusion d’éléments de preuve. Bien que la version anglaise prescrive l’exclusion lorsque l’utilisation de la preuve «would bring the administration of justice into disrepute», il a conclu que la version française fixait un seuil plus bas par l’utilisation des mots «est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice». Pour mettre à exécution de manière appropriée l’objectif du par. 24(2), qui est de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable, le juge Lamer a interprété ce paragraphe conformément au texte français moins exigeant et a conclu qu’il était nécessaire d’écarter des éléments de preuve dans tous les cas où leur utilisation pourrait déconsidérer l’administration de la justice.

En l’espèce, les mots du texte français indiquent un seuil plus élevé en ce qui concerne les insultes diffamatoires. La version française du *Code* définit le libelle diffamatoire comme étant une matière publiée qui est «destinée à outrager». L’utilisation du mot «outrager» plutôt que la traduction littérale du mot «insult» porte à croire qu’une insulte grave est requise et que rien de moins ne suffira pour déclencher l’application des dispositions relatives au libelle diffamatoire. Selon *Le Nouveau Petit Robert* (1996), «outrager» signifie «[o]ffenser gravement par un outrage (actes ou paroles)»; «outrage» est défini comme étant une «[o]ffense ou injure extrêmement grave (de parole ou de fait)». Il est clair que le mot «outrage» a un sens plus fort, si on regarde les autres endroits où il est utilisé dans la version française du *Code*. Par exemple, l’infraction de «contempt of court», à l’art. 708, est rendue en français par «outrage au tribunal». Le mot «outrage» apparaît aussi à l’al. 182(b) («outrage [. . .] envers un cadavre»), qui interdit tout acte d’indignité envers des restes humains.

Lorsque l’art. 298 est interprété dans le contexte du but qu’il vise et que la version française est prise en considération, il appert que les mots «or that is designed to insult the person» devraient être

81

82

read as requiring proof of a grave insult. Thus, the inclusion of insults in the definition of defamatory libel is minimally impairing.

(2) Section 298 — “is likely to injure”

83

The appellants argued that the requirement in s. 298 that the published defamatory matter need only be “likely to injure the reputation of any person” is not constitutionally valid since proof of harm is generally required in criminal law, particularly in the area of free expression. I disagree. To require proof of actual injury would be contrary to Dickson C.J.’s holding in *Keegstra, supra*. He carefully considered the issue and found that the criminal law could properly be used to prevent the risk of serious harm. At p. 776, he wrote:

It is well accepted that Parliament can use the criminal law to prevent the risk of serious harms, a leading example being the drinking and driving provisions in the *Criminal Code*.

(3) Section 299 — “by the person whom it defames”

84

Section 299(c) of the *Code* makes it an offence to publish a defamatory libel when the defamatory statement is shown or delivered “with intent that it should be read or seen by the person whom it defames. . .”. Although it is perhaps not essential to the decision, it would appear that s. 299(c) cannot meet constitutional requirements. I agree with the appellants that this portion of the defamatory libel scheme is too broad. It does little to advance the objective of protecting reputation since a person’s reputation will not be damaged if the defamatory statement is published to that individual alone. It was recently held in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)*, [1997] 3 S.C.R. 440, at para. 56, that derogatory statements communicated only to the party described cannot injure reputation. These statements may well be cruel and inflict injury but their inclusion in the provision is not logically

interprétés comme requérant la preuve d’une insulte grave. Ainsi, la présence du mot «*insult*» dans la version anglaise de la définition du libelle diffamatoire constitue une atteinte minimale.

(2) Article 298 — «de nature à nuire»

Les appellants ont soutenu que l’exigence de l’art. 298 que la matière diffamatoire publiée n’ait qu’à être «de nature à nuire à la réputation de quelqu’un» n’est pas constitutionnellement valide étant donné que la preuve de l’existence d’un préjudice est généralement requise en droit criminel, particulièrement dans le domaine de la liberté d’expression. Je ne suis pas d’accord. Exiger la preuve d’un préjudice réel irait à l’encontre de ce que le juge en chef Dickson a décidé dans l’arrêt *Keegstra*, précité. Celui-ci a examiné attentivement la question et a conclu que le droit criminel pouvait être utilisé à bon droit pour prévenir le risque de préjudice grave. À la page 776, il a écrit:

Il est généralement reconnu que le Parlement peut se servir du droit criminel pour prévenir le risque de préjudices graves, l’un des principaux exemples étant les dispositions du *Code criminel* relatives à l’ivresse au volant.

(3) Article 299 — «par la personne qu’il diffame»

L’alinéa 299(c) du *Code* prévoit que commet une infraction la personne qui publie un libelle diffamatoire lorsqu’elle le montre ou le délivre «dans l’intention qu’il soit lu ou vu par la personne qu’il diffame. . .». Bien que cela ne soit peut-être pas essentiel pour trancher la présente affaire, il semblerait que l’al. 299(c) ne peut satisfaire aux exigences de la Constitution. Je conviens avec les appellants que cette partie du régime de libelle diffamatoire est trop générale. Elle favorise peu la réalisation de l’objectif de protection de la réputation, étant donné que la réputation d’une personne ne sera pas entachée si la déclaration diffamatoire n’est montrée qu’à cette personne seulement. Il a récemment été statué dans *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d’enquête sur le système d’approvisionnement en sang au Canada)*, [1997] 3 R.C.S. 440, au par. 56, que des déclarations désobligeantes communiquées seulement à la

related to the aim of protecting the reputation of individuals.

In my view, the common law of libel is helpful not only in determining the meaning of the impugned sections for constitutional purposes but it is of equal assistance in establishing the invalidity of other portions of the section. Sections 298, 299 and 300 of the *Code* appear under the heading “Defamatory Libel”. This is a sound indication that common law concepts and principles of libel will be useful in interpreting these sections. The basic definition of libel according to *Gatley on Libel and Slander* (9th ed. 1998), at p. 6, is the publication to a third person of words or matter containing an untrue imputation against the reputation of another. This principle has been adopted and applied for centuries. Clearly, the fundamental element of libel is publication to a person other than the one defamed. Section 299(c) is so contrary to this principle that it cannot be justified.

The phrase “by the person whom it defames or” should therefore be severed from s. 299(c) so that it reads “A person publishes a libel when he . . . shows or delivers it, or causes it to be shown or delivered, with intent that it should be read or seen by any other person”. Obviously, the phrase “any other person” will not pertain to the situation where only the person defamed is shown the defamatory libel.

This is not a situation in which “to sever the offending portion would actually be more intrusive to the legislative purpose than the alternate course of striking down provisions which are not themselves offensive but which are closely connected with those that are” (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 697). What remains provides a clearer definition that complies both with the purpose of the section and with the minimal impairment requirement of s. 1. Moreover, the severance of the unconstitutional phrase will not leave the defamed individual without the protection of the

partie concernée ne peuvent nuire à la réputation. Ces déclarations peuvent bien être cruelles et causer un préjudice, mais leur inclusion dans la disposition n’est pas logiquement liée au but de protéger la réputation des personnes.

Selon moi, la common law en matière de libelle est utile non seulement pour déterminer le sens des articles contestés à des fins constitutionnelles, mais encore pour établir l’invalidité d’autres parties de l’article. Les articles 298, 299 et 300 du *Code* apparaissent sous la rubrique «Libelle diffamatoire». C’est là une bonne indication que les concepts et principes de common law en matière de libelle seront utiles pour interpréter ces articles. La définition de base du libelle, selon *Gatley on Libel and Slander* (9^e éd. 1998), à la p. 6, est la publication destinée à un tiers de mots ou d’une matière contenant une fausse accusation contre la réputation d’une autre personne. C’est le principe qui a été adopté et qui est appliqué depuis des siècles. Il est clair que l’élément fondamental du libelle est la publication destinée à une personne autre que la personne diffamée. L’alinéa 299(c) contrevient tellement à ce principe qu’il ne saurait être justifié.

Les mots «par la personne qu’il diffame ou» devraient donc être retranchés de l’al. 299(c) de manière à pouvoir lire: «Une personne publie un libelle lorsque, selon le cas [. . .] elle le montre ou le délivre, ou le fait montrer ou délivrer, dans l’intention qu’il soit lu ou vu par toute autre personne». Il est évident que les mots «toute autre personne» ne s’appliqueront pas lorsque le libelle diffamatoire est montré uniquement à la personne diffamée.

Il ne s’agit pas d’un cas où «la dissociation de la partie fautive sera plus attentatoire à l’objectif législatif que l’annulation possible des dispositions qui ne sont pas fautives, mais qui sont étroitement liées à celles qui le sont» (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 697). Ce qui reste constitue une définition plus claire qui est conforme tant à l’objectif de l’article qu’à l’exigence d’atteinte minimale de l’article premier. En outre, la dissociation ou suppression du groupe de mots inconstitutionnel n’aura pas pour effet de priver la personne diffamée de la protection du droit crimi-

85

86

87

criminal law, be it by existing or other properly framed offences. For example a statement made only to the defamed person may constitute criminal harassment (s. 264), or uttering a threat (s. 264.1). It is significant that the Attorney General of Canada agreed that the words “by the person whom it defames or” should be severed.

Deleterious Effects

88 It is at this stage that the analysis can be undertaken to determine whether an appropriate balance has been struck between the deleterious effects of the impugned legislative provisions on the infringed right and the salutary goals of that legislation. When freedom of expression is at issue, it is logical that the nature of the violation should be taken into consideration in the delicate balancing process. The importance of this consideration was expressed in *Keegstra, supra*, at p. 760:

... the interpretation of s. 2(b) under *Irwin Toy, supra*, gives protection to a very wide range of expression. Content is irrelevant to this interpretation, the result of a high value being placed upon freedom of expression in the abstract. This approach to s. 2(b) often operates to leave unexamined the extent to which the expression at stake in a particular case promotes freedom of expression principles. In my opinion, however, the s. 1 analysis of a limit upon s. 2(b) cannot ignore the nature of the expressive activity which the state seeks to restrict. While we must guard carefully against judging expression according to its popularity, it is equally destructive of free expression values, as well as the other values which underlie a free and democratic society, to treat all expression as equally crucial to those principles at the core of s. 2(b). [Emphasis in original.]

89 In *Stevens, supra*, at p. 285, Twaddle J.A. aptly noted that based on the decision of La Forest J. in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469:

The more worthy [the] activity, the more difficult it is to justify a limit on it. On the other hand, a limit on activity which is harmful to another and far removed from the

nel, que ce soit en vertu d'infractions existantes ou d'autres infractions correctement définies. Par exemple, une déclaration faite seulement à la personne diffamée peut constituer du harcèlement criminel (art. 264) ou de la profération de menaces (art. 264.1). Il est révélateur que le procureur général du Canada ait convenu que les mots «par la personne qu'il diffame ou» devraient être retranchés.

Effets préjudiciables

C'est à ce stade que l'on peut entreprendre de déterminer si un équilibre approprié a été établi entre les effets préjudiciables des dispositions législatives contestées sur le droit violé et leurs objectifs bénéfiques. Lorsque la liberté d'expression est en cause, il est logique de prendre en considération la nature de la violation dans ce processus de pondération délicat. L'importance de tenir compte de ce facteur est exprimée dans l'arrêt *Keegstra*, précité, à la p. 760:

... l'arrêt *Irwin Toy*, précité, donne à l'al. 2b) une interprétation qui protège une très large gamme d'expressions. Le contenu est en règle générale sans pertinence aux fins de cette interprétation, en raison de la grande importance accordée dans l'abstrait à la liberté d'expression. Cette façon d'interpréter l'al. 2b) a souvent pour conséquence qu'on ne se posera pas la question de savoir dans quelle mesure l'expression en cause dans une instance particulière sert à promouvoir les principes sous-tendant la liberté d'expression. À mon avis, toutefois, l'analyse en vertu de l'article premier d'une restriction imposée à l'al. 2b) doit tenir compte de la nature de l'activité expressive que l'État cherche à restreindre. Si nous devons veiller à ne pas juger l'expression en fonction de sa popularité, il est tout aussi néfaste pour les valeurs inhérentes à la liberté d'expression, et pour les autres valeurs sous-jacentes à une société libre et démocratique, de considérer que toutes les sortes d'expressions revêtent la même importance au regard des principes qui sont au cœur de l'al. 2b). [Souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt *Stevens*, précité, à la p. 285, le juge Twaddle a souligné avec justesse que, compte tenu des motifs du juge La Forest dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469:

[TRADUCTION] Plus [l']activité est louable, plus il est difficile de justifier qu'elle soit restreinte. Par contre, une restriction imposée à une activité qui est préjudiciable à

values embodied in the freedom of expression can more readily be justified.

In *New Brunswick, supra*, at p. 513, the core values of freedom of expression were held to include the search for political, artistic and scientific truth, the protection of individual autonomy and self-development, and the promotion of public participation in the democratic process. It was decided that the further a particular form of expression departs from these underlying values, the lower will be the level of constitutional protection afforded to it. It was put this way at pp. 512-13:

... the level of constitutional protection to which expression will be entitled varies with the nature of the expression. More specifically, the protection afforded freedom of expression is related to the relationship between the expression and the fundamental values this Court has identified as being the "core" values underlying s. 2(b). . . . This Court has subjected state action that jeopardizes these "core" values to a "searching degree of scrutiny". Where, on the other hand, the expression in question lies far from the "centre core of the spirit" of s. 2(b), state action restricting such expression is less difficult to justify.

This was one of the aspects specifically considered by the majority in *Keegstra, supra*, where it was held that s. 319(2) of the *Code* dealing with hate propaganda was justifiable under s. 1. In addressing the value to be given to a communication intended to promote hatred against identifiable groups, Dickson C.J. stated, at p. 765:

[G]iven the unparalleled vigour with which hate propaganda repudiates and undermines democratic values, and in particular its condemnation of the view that all citizens need be treated with equal respect and dignity so as to make participation in the political process meaningful, I am unable to see the protection of such expression as integral to the democratic ideal so central to the s. 2(b) rationale. Together with my comments as to the tenuous link between communications covered by s. 319(2) and other values at the core of the free expression guarantee, this conclusion leads me to disagree with the opinion of McLachlin J. that the expression at stake in this appeal mandates the most solicitous degree

autrui et qui s'écarte beaucoup des valeurs consacrées dans la liberté d'expression est plus facilement justifiable.

Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick*, précité, à la p. 513, il a été statué que les valeurs qui sont au cœur de la liberté d'expression comprennent la recherche de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l'autonomie et de l'épanouissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique. Il a été décidé que plus une forme d'expression particulière s'éloigne de ces valeurs sous-jacentes, moins elle bénéficiera de la protection de la Constitution. Il est dit, à la p. 513:

... le degré de protection constitutionnelle dont bénéficie une activité d'expression varie selon la nature de cette activité. Plus précisément, la protection accordée à la liberté d'expression dépend du lien entre l'expression et les valeurs fondamentales que notre Cour a identifiées comme étant les valeurs sous-jacentes au «cœur» de l'al. 2b). [. . .] Notre Cour a fait «un examen rigoureux» des mesures étatiques qui menacent ces valeurs «fondamentales». En revanche, lorsque l'activité d'expression en question s'écarte beaucoup de l'«esprit même» de l'al. 2b), les mesures étatiques restreignant cette expression sont moins difficiles à justifier.

C'était un des aspects qui ont été spécifiquement examinés par les juges majoritaires dans *Keegstra*, précité qui ont conclu que le par. 319(2) du *Code*, qui traite de la propagande haineuse, était justifiable en vertu de l'article premier. Au sujet de la valeur à accorder à une communication destinée à fomenter la haine contre des groupes identifiables, le juge en chef Dickson affirme, à la p. 765:

Compte tenu [. . .] de l'énergie inégalée avec laquelle la propagande haineuse répudie et mine les valeurs démocratiques, et conteste notamment l'idée que le respect égal et la dignité égale pour tous les citoyens sont requis pour assurer une participation réelle au processus politique, je ne puis voir la protection de cette expression comme faisant partie intégrante de l'idéal démocratique qui forme un élément tellement fondamental de la raison d'être de l'al. 2b). Cette conclusion, ainsi que mes observations concernant la faiblesse du lien entre les communications relevant du par. 319(2) et les autres valeurs constituant l'essence de la garantie de la liberté d'expression, m'amènent à exprimer mon désaccord

of constitutional protection. In my view, hate propaganda should not be accorded the greatest of weight in the s. 1 analysis.

92 In *Hill supra*, a similar conclusion was reached with respect to defamatory statements. At p. 1174, it was said that:

... defamatory statements are very tenuously related to the core values which underlie s. 2(b). They are inimical to the search for truth. False and injurious statements cannot enhance self-development. Nor can it ever be said that they lead to healthy participation in the affairs of the community. Indeed, they are detrimental to the advancement of these values and harmful to the interests of a free and democratic society.

93 Most certainly defamatory libel is far from and indeed inimical to the core values of freedom of expression. It would trivialize and demean the magnificent panoply of rights guaranteed by the *Charter* if a significant value was attached to the deliberate recounting of defamatory lies that are likely to expose a person to hatred, ridicule or contempt.

94 It is thus clear that defamatory libel is so far removed from the core values of freedom of expression that it merits but scant protection. This low degree of protection can also be supported by the meritorious objective of the impugned sections. They are designed to protect the reputation of the individual. This is the attribute which is most highly sought after, prized and cherished by most individuals. The enjoyment of a good reputation in the community is to be valued beyond riches.

95 These two factors, the low or minimal degree of protection to be accorded defamatory lies and the meritorious object of the challenged sections, combine to facilitate the justification of the infringement of s. 2(b) of the *Charter*. In his reasons in the *Stevens* case Twaddle J.A. aptly put it in this way, at p. 299:

avec l'opinion du juge McLachlin selon laquelle l'expression en cause dans le présent pourvoi commande la plus grande protection constitutionnelle. À mon avis, la propagande haineuse ne devrait pas peser très lourd dans l'analyse fondée sur l'article premier.

Dans l'arrêt *Hill*, précité, la Cour a tiré une conclusion similaire au sujet des déclarations diffamatoires. À la page 1174, on affirme que:

... les déclarations diffamatoires ont un lien très ténu avec les valeurs profondes qui sous-tendent l'al. 2b). Elles s'opposent à toute recherche de la vérité. Les déclarations fausses et injurieuses ne peuvent contribuer à l'épanouissement personnel, et on ne peut pas dire qu'elles encouragent la saine participation aux affaires de la collectivité. En fait, elles nuisent à l'épanouissement de ces valeurs et aux intérêts d'une société libre et démocratique.

Il n'y a aucun doute que le libelle diffamatoire s'écarte beaucoup des valeurs qui sont au cœur de la liberté d'expression et qu'il leur est même contraire. La magnifique panoplie de droits garantis par la *Charte* serait banalisée et dépréciée si l'on accordait une valeur significative à la propagation délibérée de mensonges diffamatoires susceptibles d'exposer une personne à la haine, au ridicule ou au mépris.

Il est donc clair que le libelle diffamatoire s'écarte tellement des valeurs centrales de la liberté d'expression qu'il ne mérite qu'une faible protection. Cette faible protection peut également se justifier par l'objectif louable des articles contestés. Ceux-ci sont conçus pour protéger la réputation des gens. Il s'agit de la qualité que la plupart des gens recherchent, valorisent et prisent le plus. Une bonne réputation dans la société a une valeur inestimable.

Ces deux facteurs, la protection faible ou minimale qui doit être accordée aux mensonges diffamatoires et l'objectif louable des articles contestés, ont pour effet conjoint de faciliter la justification de la violation de l'al. 2b) de la *Charte*. Comme le juge Twaddle le dit si bien dans les motifs qu'il a exposés dans l'affaire *Stevens*, à la p. 299:

Not only is it easier to justify impairment of a Charter right or freedom where the impairment only affects a low-valued exercise of the right or freedom, but it is also easier to do so where the objective of the impugned law has itself a high value. Thus, a ban on the publication of a report on court proceedings is easier to justify where the purpose is to enable an accused to obtain a fair trial than it would be if the ban was intended as a form of censorship. In this case, the value of a person's reputation is very high indeed. Shakespeare put its value in these terms: "Who steals my purse steals trash . . . But he that filches from me my good name . . . makes me poor indeed" (*Othello*, III (iii), 157-61, Iago).

In my view, the laudable objective of the defamatory libel provisions and their salutary effects on the protection of reputation far outweigh any negative impact on freedom of expression.

Subject to the reading out of "by the person whom it defames or" in s. 299(c), I find that ss. 298 to 300 can be upheld as a justifiable limit on freedom of expression. The next question which must be addressed is whether Mr. and Mrs. Lucas were properly convicted.

Is There Sufficient Evidence That the Appellants Had Subjective Knowledge of the Falsity of the Defamatory Statements They Displayed to Uphold Their Convictions Despite the Trial Judge's Erroneous Application of an Objective Test?

The placards displayed by Mr. and Mrs. Lucas fall within those parts of ss. 298 and 299 which are constitutionally valid: that is to say they were publicly displayed and objectively likely to injure a person's reputation.

The respondent conceded that the trial judge erred when he held that the *mens rea* requirement for s. 300 was satisfied by proof that the appellants should have known that the statements they published were false. In order to sustain a conviction under s. 300 of the *Code*, the Crown must prove

[TRADUCTION] Non seulement est-il plus facile de justifier une atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Charte lorsque cette atteinte touche seulement un exercice peu prisé de ce droit ou de cette liberté, mais encore il est aussi plus facile de le faire lorsque l'objectif de la loi contestée a lui-même une grande valeur. Ainsi, une interdiction de publier le compte rendu de procédures judiciaires est-il plus facile à justifier lorsque l'objectif poursuivi est de permettre à un accusé de subir un procès équitable que si l'interdiction n'était destinée qu'à être une forme de censure. Dans la présente affaire, la valeur de la réputation d'une personne est assurément très élevée. Shakespeare décrit ainsi cette valeur: «Qui vole ma bourse vole une bagatelle [. . .] Mais, qui me fait perdre mon nom [. . .] fait de moi, à coup sûr, un pauvre homme» (*Othello*, III (iii), 157-61, Iago).

À mon avis, l'objectif louable des dispositions concernant le libelle diffamatoire et leurs effets bénéfiques sur la protection de la réputation l'emportent largement sur toute incidence négative sur la liberté d'expression.

À la condition de supprimer les mots «par la personne qu'il diffame ou» à l'al. 299c), je conclus que la validité des art. 298 à 300 peut être confirmée pour le motif qu'ils constituent une restriction justifiable de la liberté d'expression. Il faut ensuite se demander si M. et M^{me} Lucas ont été déclarés coupables à juste titre.

Y a-t-il une preuve suffisante que les appelants avaient une connaissance subjective de la fausseté des déclarations diffamatoires qu'ils ont affichées, pour que leurs déclarations de culpabilité soient confirmées malgré l'application erronée d'un critère objectif par le juge du procès?

Les affiches de M. et M^{me} Lucas relèvent des passages constitutionnellement valides des art. 298 et 299: c'est-à-dire qu'elles ont été montrées en public et qu'elles étaient objectivement de nature à nuire à la réputation d'une personne.

L'intimée a admis que le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'on avait satisfait à l'exigence de *mens rea* relative à l'art. 300 en établissant que les appelants auraient dû savoir que les déclarations qu'ils publiaient étaient fausses. Pour justifier une déclaration de culpabilité fondée

96

97

98

99

that the accused published a defamatory libel “that he knows is false”. In *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55, it was held that the knowledge required by such a phrase is subjective. It follows that the trial judge should have determined whether the accused knew that the published statements were false.

100 The question that now must be considered is whether, despite the trial judge’s error, the convictions of Mr. and Mrs. Lucas ought to be upheld. The appellants argued that they should be acquitted because the Crown failed to prove that they had subjective knowledge of the falsity of the contents of the placards. Although the Court of Appeal did not undertake an extensive review of the evidence, it concluded that the Crown had successfully proven all the essential elements of the offence beyond a reasonable doubt.

101 The appellants contend that the message they were communicating was not what might reasonably be gathered from an objective reading of the placards. They claim that they felt the police officer was, through his inaction, responsible for the abuse of the children and that this was what the placards indicated. There was evidence adduced at trial that both Mr. and Mrs. Lucas believed that the message they were attempting to convey was true.

102 However, the appellants’ subjective understanding of the statements on the placards should not be determinative. If this position was adopted, it would always be open to an accused to argue that the “real” meaning which they believed to be true was quite different from the meaning which would be objectively attributed to it by any reasonable reader. Rather, the question should be whether the appellants knew that the message, as it would be understood by a reasonable person, was false.

103 In determining whether the appellants had the requisite *mens rea* to be convicted of defamatory libel, the evidence must be reviewed. Mr. and Mrs. Lucas were tried together. Mr. Lucas acted

sur l’art. 300 du *Code*, le ministère public doit prouver que l’accusé a publié un libelle diffamatoire «qu’il sait être faux». Dans *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, il a été statué que la connaissance requise par une telle expression est subjective. Il s’ensuit que le juge du procès aurait dû déterminer si les accusés savaient que les déclarations publiées étaient fausses.

Il faut donc maintenant se demander si, malgré l’erreur du juge du procès, les déclarations de culpabilité prononcées contre M. et M^{me} Lucas doivent être maintenues. Les appelants ont fait valoir qu’ils devraient être acquittés parce que le ministère public n’a pas prouvé qu’ils avaient une connaissance subjective de la fausseté du contenu des affiches. Bien qu’elle n’ait pas procédé à un examen en profondeur de la preuve, la Cour d’appel a conclu que le ministère public avait réussi à faire la preuve hors de tout doute raisonnable de tous les éléments essentiels de l’infraction.

Les appelants affirment que le message qu’ils transmettaient n’était pas ce qu’une interprétation objective des affiches pourrait raisonnablement permettre de comprendre. Ils prétendent qu’ils avaient le sentiment que le policier était, à cause de son inaction, responsable des agressions commises contre les enfants et que c’était cela que les affiches indiquaient. Selon la preuve présentée au procès, M. et M^{me} Lucas croyaient tous les deux que le message qu’ils essayaient de transmettre était vrai.

Cependant, la compréhension subjective que les appelants avaient des déclarations inscrites sur les affiches ne devrait pas être déterminante. Si ce point de vue était adopté, un accusé pourrait toujours alléguer que ce qu’il croyait être le «vrai» sens était entièrement différent du sens que prêterait objectivement tout lecteur raisonnable. La question devrait plutôt être de savoir si les appelants savaient que le message, tel qu’il serait interprété par une personne raisonnable, était faux.

Pour déterminer si les appelants avaient la *mens rea* requise pour être déclarés coupables de libelle diffamatoire, il faut examiner la preuve. Monsieur et Madame Lucas ont subi leur procès ensemble.

for himself. He testified and was cross-examined by counsel for Mrs. Lucas and Crown counsel.

There are two aspects to the *mens rea* issue. First, did the appellants intend to defame the police officer? Secondly, did they know that the statements they published were false? With respect to the former, there can be no clearer indication of their intention to defame the police officer than the testimony of Mr. Lucas that their purpose in publishing the statements was “to have him thrown in jail”, “to have him lose his pension, his job”, and “to have him charged in court”. Clearly then, their intention was to injure the reputation of the officer, and thus came within the definition of defamatory libel set out in s. 298. This conclusion is reinforced both by the inflammatory and provocative language used in the placards, and by the displaying of the placards in the locations which were calculated to have the most embarrassing and injurious effect on the officer.

The placards accused the police officer of actually physically assaulting a child by stating: “Did [the police officer] help/or take part in the rape & sodomy of an 8 year old”. Further, one of the signs made by Mr. Lucas, but carried by his wife at her insistence, implied that the officer had a “touching problem”, an obvious euphemism for a proclivity for sexual molestation. It stated: “If you admit it [officer] then you might get help with your touching problem.”

There was evidence adduced at trial which proves beyond a reasonable doubt that they both knew that the objective meaning of the words on the placards Mr. Lucas made was false. Mr. Lucas testified that his wife had access to the pertinent documents, and that he and his wife had read them together and discussed them. Moreover, he testified that he and his wife were concerned about the police officer’s tendency to refer to the children’s sexual activities as a “touching problem”. It is also apparent that the appellants knew that the officer

Monsieur Lucas s’est représenté lui-même. Il a témoigné et a été contre-interrogé par l’avocat de M^{me} Lucas et par le substitut du procureur général.

La question de la *mens rea* comporte deux aspects. Premièrement, les appelants avaient-ils l’intention de diffamer le policier? Deuxièmement, savaient-ils que les déclarations qu’ils publiaient étaient fausses? En ce qui a trait à la première question, il ne peut y avoir d’indication plus claire de leur intention de diffamer le policier que le témoignage de M. Lucas suivant lequel l’objectif qu’ils poursuivaient en publiant les déclarations était [TRADUCTION] «de le faire jeter en prison», «de lui faire perdre sa pension, son emploi» et «de le faire traduire en justice». Il est clair alors que leur intention était de nuire à la réputation du policier, et qu’elle relevait donc de la définition du libelle diffamatoire donnée à l’art. 298. Cette conclusion est renforcée à la fois par les propos incendiaires et provocants inscrits sur les affiches, et par le fait que les affiches ont été brandies là où l’on estimait qu’elles auraient l’effet le plus embarrassant et le plus nuisible pour le policier.

Les affiches accusaient le policier d’avoir réellement agressé physiquement une enfant, en déclarant: «Le [policier] a-t-il contribué ou participé au viol et à la sodomie dont a été victime une enfant de 8 ans?» De plus, l’une des affiches confectionnées par M. Lucas, mais que son épouse a demandé de porter, laissait entendre que le policier avait un «problème d’attouchement», un euphémisme évident pour traduire une tendance à attenter à la pudeur. On y lisait: «Si tu reconnais cela, [le policier], tu pourras alors peut-être obtenir de l’aide pour ton problème d’attouchement.»

La preuve déposée au procès établit hors de tout doute raisonnable qu’ils savaient tous les deux que les propos inscrits sur les affiches que M. Lucas avait confectionnées étaient objectivement faux. Monsieur Lucas a témoigné que son épouse avait eu accès aux documents pertinents, et que lui et son épouse les avaient lus ensemble et en avaient discuté. Il a en outre affirmé que lui et son épouse étaient préoccupés par la tendance que le policier avait à qualifier de «problème d’attouchement» les activités sexuelles des enfants. Il appert aussi que

104

105

106

did not have a “touching problem”. In light of this, the evidence is clear and overwhelming that on a subjective standard, the appellants knew that the material on the placard prepared by Mr. Lucas and carried by Mrs. Lucas was false. Yet Mrs. Lucas insisted on carrying this placard. There was simply no evidence in the material the appellants read that the officer had a proclivity for sexual molestation, that is to say a “touching problem”.

107 Further it is reasonable to infer that since she had read the relevant documents, Mrs. Lucas, as well as her husband, knew that the police officer did not physically help with the rape or sodomy of an eight year old. The evidence leads inevitably to the conclusion that the requisite mental elements of the offence were proved beyond a reasonable doubt with respect to both appellants.

108 The appellants knew that the police officer had not committed the despicable acts implied by the signs. Mr. Lucas admitted that there were no accusations in the T. papers of sexual abuse by the officer and that they knew that the officer had not sexually assaulted anybody. Further, the appellants knew that the officer did not have a “touching problem” *per se*. Rather, they believed that he had inappropriately used the word “touching”. There is ample evidence that the appellants had the requisite knowledge of falsity to uphold their conviction under s. 300.

Conclusion

109 Sections 298 to 300 of the *Code* infringe upon the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. However, subject to the interpretation I have accorded “insults” in s. 298 and the reading out of that part of s. 299 set out

les appelants savaient que le policier n’avait pas de «problème d’attouchement». À la lumière de cela, la preuve montre clairement et amplement que, d’après une norme subjective, les appelants savaient que la matière publiée sur l’affiche confectionnée par M. Lucas et portée par M^{me} Lucas était fautive. Pourtant, M^{me} Lucas a insisté pour porter cette affiche. Il n’y avait simplement aucune preuve, dans les documents que les appelants ont lus, que le policier avait tendance à attenter à la pudeur, ou autrement dit, un «problème d’attouchement».

En outre, il est raisonnable de déduire que, puisqu’elle avait lu les documents pertinents, M^{me} Lucas savait, aussi bien que son mari, que le policier n’avait pas contribué physiquement au viol et à la sodomie dont avait été victime une enfant de huit ans. La preuve amène inévitablement à conclure que l’existence des éléments moraux nécessaires de l’infraction a été établie hors de tout doute raisonnable quant aux deux appelants.

Les appelants savaient que le policier n’avait pas commis les actes méprisables sous-entendus par les affiches. Monsieur Lucas a admis qu’il n’y avait, dans les documents des T., aucune accusation d’agression sexuelle commise par le policier et qu’ils savaient que le policier n’avait commis aucune agression sexuelle. En outre, les appelants savaient que le policier n’avait pas de «problème d’attouchement» comme tel. Les appelants croyaient plutôt que le policier avait utilisé incorrectement le mot «attouchement». La preuve montre amplement que les appelants avaient la connaissance de la fausseté qui est requise pour confirmer leur déclaration de culpabilité fondée sur l’art. 300.

Conclusion

Les articles 298 à 300 du *Code* portent atteinte au droit à la liberté d’expression garanti par l’al. 2b) de la *Charte*. Cependant, sous réserve de l’interprétation que j’ai donnée au mot «*insult*» à l’art. 298 et de la suppression de la partie déjà indiquée de l’art. 299, il y a lieu de confirmer la validité de ces articles pour le motif qu’ils constituent

earlier the sections should be upheld as a demonstrably justified limit under s. 1 of the *Charter*.

Disposition

In the result, I would dismiss the appeals of John David Lucas and Johanna Erna Lucas.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — While I agree with McLachlin J.'s analysis under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I otherwise concur with the analysis and conclusions of my colleague, Cory J.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting in part) — I agree with Justice Cory that defamatory libel is protected under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and consequently that convicting people for this offence has the potential to violate their rights. I also agree with him that the limitation of rights entailed in the offence does not ultimately violate the *Charter* because it is a reasonable measure demonstrably justified in a free and democratic society: s. 1 of the *Charter*. However, I would approach the s. 1 analysis differently than Cory J. I also reach a different result regarding Johanna Lucas's appeal. Hence these brief reasons.

To determine whether a limitation on a *Charter* right is justified under s. 1, we must follow the steps set out by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The first question is whether the limitation on the right is justified by a pressing and substantial objective. If it is, the second question arises: is the limitation proportionate to the objective? The second step imposes a cost-benefit analysis. This cost-benefit analysis embraces three sub-questions: (1) is the limitation of the right rationally connected to the objective, i.e. will it

une restriction dont la justification est démontrée au sens de l'article premier de la *Charte*.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter les pourvois de John David Lucas et de Johanna Erna Lucas.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Bien que je sois d'accord avec l'analyse à laquelle le juge McLachlin procède en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je souscris par ailleurs à l'analyse et aux conclusions de mon collègue le juge Cory.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie) — Je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que le libelle diffamatoire est protégé en vertu de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, que déclarer des gens coupables de cette infraction est susceptible de violer leurs droits. Je partage également son avis que la restriction que la définition de l'infraction impose à des droits ne viole pas la *Charte* en fin de compte, parce qu'elle constitue une mesure raisonnable dont la justification est démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique: article premier de la *Charte*. Toutefois, j'aborderais l'analyse fondée sur l'article premier d'une façon différente de celle du juge Cory. J'arrive aussi à un résultat différent au sujet du pourvoi de Johanna Lucas. D'où les brefs motifs suivants.

Pour déterminer si une restriction imposée à un droit garanti par la *Charte* est justifiée au sens de l'article premier, nous devons suivre les étapes énoncées par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. La première question est de savoir si la restriction imposée au droit est justifiée par un objectif urgent et réel. Dans l'affirmative, une deuxième question se pose: la restriction est-elle proportionnée à l'objectif? Cette deuxième étape nécessite une analyse coûts-avantages, qui comporte trois sous-questions: (1) La restriction

110

111

112

113

actually further it? (2) does the limitation of the right impair the right as little as possible, i.e., is it appropriately restrained and not overbroad? and (3) are the negative effects of the limitation of the right proportionate to, or outweighed by, the positive effects to be gained by furthering the objective of the limitation?

imposée au droit a-t-elle un lien rationnel avec l'objectif, c.-à-d. en favorisera-t-elle vraiment la réalisation? (2) La restriction imposée au droit porte-t-elle atteinte le moins possible à ce droit, c'est-à-dire est-elle suffisamment modérée sans être trop générale? Et (3) les effets négatifs de la restriction imposée au droit sont-ils proportionnés aux effets positifs de la réalisation de l'objectif visé par la restriction, ou sont-ils supplantés par ceux-ci?

114 I differ from Cory J. on how the value of the expression at issue figures in the *Oakes* analysis. Cory J. introduces the low value of defamatory libel at the outset of the s. 1 analysis, stating, at para. 34: "Quite simply, the level of protection to which expression may be entitled will vary with the nature of the expression." The low value of defamatory libel is then used to inform the s. 1 analysis at various stages. For example, in considering minimal impairment Cory J. states, at para. 57: "It is particularly important at this stage to bear in mind the negligible value of defamatory expression." At the final stage of the *Oakes* analysis, Cory J. concludes that because of the low value of the expression, it is entitled to little protection. He does not engage in a systematic weighing of the beneficial and detrimental effects of the legislation. Presumably, its low value is conclusive.

Je suis en désaccord avec le juge Cory sur la place de la valeur de l'expression en cause dans l'analyse proposée dans l'arrêt *Oakes*. Le juge Cory aborde la question de la faible valeur du libelle diffamatoire au tout début de l'analyse fondée sur l'article premier, affirmant, au par. 34: «Tout simplement, la protection dont pourra bénéficier l'expression variera selon sa nature.» La faible valeur du libelle diffamatoire est ensuite utilisée pour guider, à divers stades, l'analyse fondée sur l'article premier. Par exemple, en examinant la question de l'atteinte minimale, le juge Cory affirme, au par. 57: «À ce stade, il est particulièrement important de garder à l'esprit la valeur négligeable de l'expression diffamatoire.» À l'étape finale de l'analyse proposée dans l'arrêt *Oakes*, le juge Cory conclut qu'en raison de sa faible valeur l'expression diffamatoire ne mérite qu'une faible protection. Il n'entreprend pas de soupeser systématiquement les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la mesure législative. Il faut présumer que sa faible valeur est déterminante.

115 It may be useful to discuss the relation of the expression at issue to the core values underlying s. 2(b) at the outset of the s. 1 analysis, as context for the analysis that follows. However, we must be careful not to allow the discussion of context to pre-empt the analysis itself. To allow the perceived low value of the expression to lower the bar of justification from the outset of the s. 1 analysis is to run the risk that a judge's subjective conclusion that the expression at issue is of little worth may undermine the intellectual rigour of the *Oakes* test. This risks reducing the s. 1 analysis to a function of what a particular judge thinks of the expression, thus shortcutting the cost-benefit analysis proposed

Dans l'analyse fondée sur l'article premier, il peut être utile, au départ, d'examiner la relation de l'expression en cause avec les valeurs centrales de l'al. 2b), afin d'identifier le contexte de l'analyse qui suit. Il faut toutefois prendre soin d'éviter que l'examen du contexte supplante l'analyse elle-même. Si on permet que la faible valeur apparente de l'expression abaisse le seuil de justification dès le début de l'analyse fondée sur l'article premier, on court le risque que la rigueur intellectuelle du critère de l'arrêt *Oakes* soit minée par la conclusion subjective d'un juge que l'expression en cause a peu de valeur. L'analyse fondée sur l'article premier risque alors de porter uniquement sur ce que

by *Oakes*. Instead of insisting that the limitation on the right be justified by a pressing concern and that it be rationally connected to the objective and appropriately restrained, the judge may instead reason that any defects on these points are resolved in favour of justification by the low value of the expression. The initial conclusion that the expression is of low value may thus dictate the conclusion on the subsequent steps of the analysis in a circular fashion.

In my view, justice is better served if the Crown is required to demonstrate a pressing and substantial objective, rational connection and minimal impairment independent of the perception that the content of the expressive activity is offensive or without value, as suggested by Professor Jamie Cameron, “The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1. At the pressing and substantial objective stage, the concern is whether the limitation on the right has the objective or purpose of addressing a real and substantial harm or risk of harm. It may be relevant to consider the nature of the expression at issue in order to determine the evil to which the limitation is directed, as part of the assessment of whether the objective is pressing and substantial. Beyond this, however, the value of the expression cannot assist. At the rational connection stage, the focus is on whether there is a link based on reason or logic between the objective and the limitation of the right. Here the value of the expression at issue is of no assistance. The minimal impairment inquiry focuses on whether the legislature has restricted the *Charter* right as little as reasonably possible to achieve the desired objective. Here also, the inquiry focuses on the legislation at issue, i.e. its reach or breadth, not on the value of the restricted expression.

The content of the expression and its value fall for consideration at the final stage of the proportionality analysis. It is at this stage that Wilson J.’s

pense un juge donné de l’expression, court-circuitant ainsi l’analyse coûts-avantages proposée dans l’arrêt *Oakes*. Au lieu d’insister pour que la restriction imposée au droit soit justifiée par une préoccupation urgente, qu’elle ait un lien rationnel avec l’objectif visé et qu’elle soit suffisamment modérée, le juge peut au contraire estimer que la faible valeur de l’expression permet de remédier à toute lacune à ces égards et de justifier la restriction en cause. La conclusion initiale que l’expression n’a qu’une faible valeur est donc susceptible de dicter indirectement la conclusion à tirer lors des étapes subséquentes de l’analyse.

À mon avis, la justice est mieux servie si le ministère public doit démontrer l’existence d’un objectif urgent et réel, d’un lien rationnel et d’une atteinte minimale, indépendamment de la perception selon laquelle le contenu de l’activité expressive est offensant ou sans valeur, comme l’affirme le professeur Jamie Cameron, dans «The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1. À l’étape de l’objectif urgent et réel, il s’agit de savoir si la restriction imposée au droit a pour but ou objectif d’éliminer un préjudice ou risque de préjudice réel et important. Pour déterminer si l’objectif est urgent et réel, il peut être utile d’examiner la nature de l’expression en cause afin d’identifier le mal visé par la restriction. Hormis cela, la valeur de l’expression ne saurait être d’aucune utilité. À l’étape du lien rationnel, l’accent est mis sur la question de savoir s’il existe un lien fondé sur la raison ou la logique entre l’objectif et la restriction imposée au droit. Ici, la valeur de l’expression considérée n’est d’aucune utilité. L’examen relatif à l’atteinte minimale est axé sur la question de savoir si le législateur a restreint le droit garanti par la *Charte* aussi peu qu’il est raisonnablement possible de le faire pour réaliser l’objectif souhaité. Là encore, l’analyse porte sur la mesure législative en cause, c’est-à-dire sur sa portée ou son étendue, et non pas sur la valeur de l’expression restreinte.

Le contenu de l’expression et sa valeur n’entrent en ligne de compte qu’à l’étape finale de l’examen de la proportionnalité. C’est à ce stade que trouve

concern in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1355, that “a particular right or freedom may have a different value depending on the context” finds its place. This Court has unanimously affirmed that it is at the third and final stage of the proportionality analysis that expressive context should be considered: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at p. 513.

sa place le point soulevé par le juge Wilson dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1355, à savoir qu’«une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte». Notre Cour a confirmé, à l’unanimité, que c’est à la troisième et dernière étape de l’examen de la proportionnalité que le contexte de l’expression doit être pris en considération: *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, à la p. 513.

118 The third stage of the proportionality analysis engages the balancing of values envisioned by the contextual approach. At this stage, the judge is required to consider both the benefits and the detriments of limiting the expression in issue. The Crown has already been required to demonstrate the pressing and substantial nature of the legislative objective, the rational connection between the objective and the limitation of the right and the minimal impairment or appropriate restraint, independent of any subjective perceptions of the value of the expression at issue. At this final stage, the task is to determine whether the benefits of the limitation outweigh its detrimental effects.

La troisième étape de l’examen de la proportionnalité comporte la pondération des valeurs envisagées par la méthode contextuelle. À ce stade, le juge doit tenir compte à la fois des avantages et des inconvénients que comporte la restriction de l’expression en cause. Le ministère public a déjà dû démontrer la nature urgente et réelle de l’objectif législatif, l’existence d’un lien rationnel entre cet objectif et la restriction imposée au droit, ainsi que l’existence de l’atteinte minimale ou du caractère suffisamment modéré, indépendamment de toute perception subjective de la valeur de l’expression en cause. À cette dernière étape, il faut déterminer si les avantages de la restriction l’emportent sur ses effets préjudiciables.

119 Using this approach, the application of the s. 1 analysis remains both flexible and contextual, taking account of differing legislative and expressive contexts, while at the same time ensuring an adequate level of protection for all forms of expression. Legislative limits on expression that falls far from the core values underlying s. 2(b) are easier to justify, not because the standard of justification is lowered, but rather because the beneficial effects of the limitation more easily outweigh any negative effects flowing from the limitation.

Grâce à cette méthode, l’application de l’analyse fondée sur l’article premier demeure à la fois souple et contextuelle et tient compte des contextes divergents de la mesure législative et de l’expression, tout en garantissant une protection adéquate à toutes les formes d’expression. Les restrictions législatives imposées à l’expression qui s’écarte beaucoup des valeurs centrales de l’al. 2b) sont plus faciles à justifier non pas parce que la norme de justification est moins élevée, mais plutôt parce que les effets bénéfiques de la restriction l’emportent plus aisément sur les effets négatifs qui peuvent en découler.

Application to the Case at Bar

Application à la présente affaire

120 The case at bar readily demonstrates why there is no need to lower the standard of justification for expression that falls far from the core values underlying s. 2(b). The objective of the impugned provisions is to protect reputation against deliber-

La présente affaire démontre bien pourquoi il n’est pas nécessaire d’abaisser la norme de justification lorsqu’une expression s’écarte beaucoup des valeurs centrales de l’al. 2b). Les dispositions contestées ont pour objectif de protéger la réputation

ate attack using statements that are known to be false. This objective passes the first stage of the s. 1 analysis not only because, as Cory J. notes, a good reputation is to be valued more than riches, but because defamatory attacks pose a real risk of harm in our society. As Cory J. notes at para. 73 of his reasons, “[d]efamatory libel can cause long-lasting or permanent injuries to the victim. The victim may be forever demeaned and diminished in the eyes of her community.” Protecting individuals from such harm is a pressing and substantial objective in a free and democratic society. Nor can it be doubted that the limitation on expression represented by ss. 298, 299 and 300 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, is rationally connected to this pressing and substantial objective. It is logical and reasonable to expect that prohibiting the publication of defamatory statements that are known to be false may serve to reduce such statements. The limit on expression also meets the minimal impairment test; I agree with Cory J.’s analysis with the exception that I do not share his view that the low value of the expression at issue is relevant to this stage of the analysis.

This brings me to the third stage of the proportionality analysis and the consideration of whether the benefits that result from the infringement outweigh its negative effects. At this stage we must weigh the benefits that will be gained by limiting the publication of intentionally defamatory statements that are known to be false, against the negative effects that may flow from the limitation of the right. The benefits to be achieved by the limitation on the right are aptly described by Cory J.; they are the protection of reputation and the prevention of a serious form of harm. The negative effects that may flow from the limitation of the right are confined to the possibility that defamatory expression may focus public attention on issues of public concern. Sections 298, 299 and 300 of the *Criminal Code* may therefore prohibit a form of expression that possesses some, albeit low, value. This possi-

des gens contre toute attaque délibérée d’une personne qui fait des déclarations qu’elle sait être fausses. Cet objectif satisfait au premier volet de l’analyse fondée sur l’article premier non seulement parce que, comme le souligne le juge Cory, la bonne réputation a une plus grande valeur que la richesse, mais aussi parce que les attaques diffamatoires présentent un risque réel de préjudice dans notre société. Comme le juge Cory le fait remarquer au par. 73 de ses motifs: «[L]e libelle diffamatoire peut causer à la victime des préjudices durables ou permanents. La victime peut à jamais être avilie et diminuée aux yeux de sa collectivité.» La protection des gens contre un tel préjudice est un objectif urgent et réel dans le cadre d’une société libre et démocratique. Il est également indubitable que la restriction imposée à l’expression par les art. 298, 299 et 300 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, a un lien rationnel avec cet objectif urgent et réel. Il est logique et raisonnable de s’attendre à ce que le fait d’interdire aux gens de publier des déclarations diffamatoires qu’ils savent être fausses contribue à réduire la fréquence de telles déclarations. La restriction imposée à l’expression satisfait aussi au critère de l’atteinte minimale; je souscris à l’analyse du juge Cory, sauf que je ne partage pas son avis que la faible valeur de l’expression en cause est pertinente à cette étape de l’analyse.

Cela m’amène à la troisième étape de l’examen de la proportionnalité et à l’étude de la question de savoir si les avantages découlant de l’atteinte l’emportent sur ses effets négatifs. À cette étape, nous devons soupeser les avantages de la restriction du droit des gens de publier intentionnellement des déclarations diffamatoires qu’ils savent être fausses, en fonction des effets négatifs qui peuvent en découler. Le juge Cory a décrit avec justesse les avantages de la restriction du droit en cause: la protection de la réputation et la prévention d’une forme de préjudice grave. Les effets négatifs qui peuvent découler de la restriction imposée au droit se limitent à la possibilité que l’expression diffamatoire puisse attirer l’attention du public sur des questions d’intérêt public. Les articles 298, 299 et 300 du *Code criminel* peuvent donc interdire une forme d’expression qui a une certaine valeur, si

ble value is undercut, however, by the fact that public attention can be focused on issues without intentionally inflicting harm on the reputation of people through the publication of known falsehoods. The balancing process envisaged by the last step of the *Oakes* test thus leads inexorably to the conclusion that the benefits gained from the limitation on expression outweigh by far any detriment. The conclusion rests not on the low value of the expression (although this figures in the analysis), but on the fact that the benefits of limiting the right exceed any benefits that might flow from leaving it untrammelled.

122 Notwithstanding the differences in our approaches, I agree with Cory J. that the infringement of s. 2(b) in the case at bar is justified under s. 1 and that ss. 298, 299 and 300 of the *Criminal Code* are constitutional. Like Cory J., I would dismiss the appeal of John David Lucas. However, I share the concerns raised by Justice Major regarding the conviction of Johanna Lucas. As a result, for the reasons stated by Major J., I would allow the appeal of Johanna Erna Lucas.

The following are the reasons delivered by

123 MAJOR J. (dissenting in part) — I have read the reasons of Justice Cory and agree with him except with respect to the disposition of the appeal of the appellant Johanna Lucas.

124 It has long been established that an appellate court should exercise caution in upholding a conviction where, as here, the trial judge erred in applying an objective *mens rea* test when the *Criminal Code* required a subjective standard. In such circumstances, the reviewing court should carefully assess the evidence and findings made by the trial judge to determine whether the Crown proved the required subjective knowledge beyond a reasonable doubt.

faible soit-elle. Cette valeur potentielle est toutefois diminuée par le fait qu'il est possible d'attirer l'attention du public sur certaines questions sans qu'il soit nécessaire de nuire intentionnellement à la réputation d'autrui en publiant des déclarations dont on sait qu'elles sont mensongères. Le processus de pondération envisagé par le dernier volet du critère de l'arrêt *Oakes* mène donc inexorablement à la conclusion que les avantages tirés de la restriction l'emportent de beaucoup sur tout inconvénient qui peut en découler. Cette conclusion repose non pas sur la faible valeur de l'expression (quoique cela compte dans l'analyse), mais sur le fait que les avantages de la restriction du droit excèdent tout avantage susceptible de découler du fait de ne pas le restreindre.

Malgré les divergences de nos analyses, je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que la violation de l'al. 2b), en l'espèce, est justifiée au sens de l'article 1 premier et que les art. 298, 299 et 300 du *Code criminel* sont constitutionnellement valides. À l'instar du juge Cory, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de John David Lucas. Toutefois, je partage les craintes exprimées par le juge Major au sujet de la déclaration de culpabilité de Johanna Lucas. En conséquence, pour les raisons exposées par le juge Major, j'accueillerais le pourvoi de Johanna Erna Lucas.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident en partie) — J'ai pris connaissance des motifs du juge Cory et je suis d'accord avec lui sauf en ce concerne la façon dont il tranche le pourvoi de l'appelante Johanna Lucas.

Il est établi depuis longtemps qu'une cour d'appel doit agir avec prudence lorsqu'elle confirme une déclaration de culpabilité dans une situation où, comme en l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en appliquant un critère de *mens rea* objectif alors que le *Code criminel* exige l'application d'un critère subjectif. En pareil cas, la cour qui procède à l'examen devrait évaluer soigneusement la preuve et les conclusions du juge du procès pour déterminer si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de la connaissance subjective requise.

The Court of Appeal concluded that the Crown had proved beyond a reasonable doubt all the essential elements of the offence, including intention to publish the defamatory libel knowing it to be false with intention to defame, with respect to both appellants. The Court of Appeal did not indicate what evidence it was relying upon to support a finding that the appellants had subjective knowledge of the falsity of the published statements.

There was no direct evidence that Mrs. Lucas had subjective knowledge that the message portrayed on the placard she carried was false. She did not testify on her own behalf nor did she call any witnesses in her defence. The Crown called no evidence at trial as to her knowledge. Two Crown witnesses testified that they did not know whether Mrs. Lucas knew that the messages were false.

Although Crown counsel was entitled to put forward a case based on circumstantial evidence, the circumstantial evidence in this case does not prove that Mrs. Lucas knew that the messages on the placard were false. In the circumstances, the simple fact that she carried a placard bearing a false message is insufficient to prove subjective *mens rea* beyond a reasonable doubt.

Mr. Lucas testified that Mrs. Lucas had access to the pertinent documents, and that they had read them together and discussed them together. If the trial judge had found that Mrs. Lucas's knowledge was in fact based solely on the reports obtained by her husband, it might have been possible to infer that she had subjective knowledge of falsity. However, no such finding of fact was made, nor did the trial judge make any findings with respect to the credibility of Mr. Lucas or the extent to which his evidence was accepted.

In his reasons for sentence ((1995), 132 Sask. R. 71), the trial judge stated "that John David Lucas was the instigator and Johanna Erna Lucas was his follower" (p. 74). This finding raises the

La Cour d'appel a conclu que le ministère public avait fait la preuve hors de tout doute raisonnable de tous les éléments essentiels de l'infraction relativement aux deux appelants, y compris le fait qu'ils avaient voulu publier, dans l'intention de diffamer, le libelle diffamatoire qu'ils savaient être faux. La Cour d'appel n'a pas indiqué sur quelle preuve elle s'appuyait pour conclure que les appelants avaient une connaissance subjective de la fausseté des déclarations publiées.

Il n'y avait aucune preuve directe que M^{me} Lucas avait une connaissance subjective de la fausseté du message inscrit sur l'affiche qu'elle portait. Elle n'a ni témoigné ni assigné des témoins pour sa défense. Au procès, le ministère public n'a produit aucune preuve quant à la connaissance qu'avait M^{me} Lucas. Deux témoins à charge ont dit ignorer si M^{me} Lucas savait que les messages étaient faux.

Même si le substitut du procureur général avait le droit de faire valoir une thèse fondée sur une preuve circonstancielle, la preuve circonstancielle en l'espèce n'établit pas que M^{me} Lucas savait que les messages inscrits sur l'affiche étaient faux. Dans les circonstances, le simple fait qu'elle portait une affiche sur laquelle figurait un faux message n'est pas suffisant pour établir hors de tout doute raisonnable l'existence d'une *mens rea* subjective.

Monsieur Lucas a témoigné que M^{me} Lucas avait accès aux documents pertinents et qu'ils les avaient lus et analysés ensemble. Si le juge du procès avait conclu que la connaissance qu'avait M^{me} Lucas était, en réalité, fondée uniquement sur les rapports obtenus par son mari, il aurait peut-être été possible de déduire qu'elle avait une connaissance subjective de la fausseté des messages. Cependant, le juge du procès n'a tiré aucune conclusion de fait en ce sens ni aucune conclusion sur la crédibilité de M. Lucas ou sur la mesure dans laquelle son témoignage était accepté.

Dans ses motifs concernant la sentence ((1995), 132 Sask. R. 71), le juge du procès a dit que [TRADUCTION] «John David Lucas était le meneur et Johanna Erna Lucas ne faisait que le suivre»

125

126

127

128

129

possibility that Mrs. Lucas's knowledge might have derived at least in part from what she was told by Mr. Lucas, and she may therefore have believed that the message was true even though in fact it was not.

130 In the absence of findings of fact by the trial judge related to subjective knowledge, there is insufficient evidence before this Court to prove beyond a reasonable doubt that Mrs. Lucas knew that the messages on the placard she carried were false. Accordingly, her conviction must be set aside.

131 Ordinarily, a new trial would be ordered. However, in light of the Crown's statement that in the circumstances the Crown would not proceed with a new trial, I would direct an acquittal of Mrs. Lucas.

Appeals dismissed, MCLACHLIN and MAJOR JJ. dissenting on Johanna Lucas's appeal.

Solicitors for the appellants: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: Graeme G. Mitchell, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Robert Frater, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: M. David Lepofsky, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Shawn Greenberg, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

(p. 74). Cette conclusion soulève la possibilité que la connaissance qu'avait M^{me} Lucas ait découlé, du moins en partie, de ce que lui avait dit M. Lucas, et elle peut donc avoir cru que le message était vrai même si, en réalité, il ne l'était pas.

Étant donné que le juge du procès n'a tiré aucune conclusion de fait relativement à la connaissance subjective, notre Cour ne dispose d'aucune preuve suffisante pour établir hors de tout doute raisonnable que M^{me} Lucas savait que les messages inscrits sur l'affiche qu'elle portait étaient faux. Sa déclaration de culpabilité doit donc être annulée.

Normalement, un nouveau procès serait ordonné. Cependant, vu que le ministère public a déclaré que, dans les circonstances, il n'entamerait pas un nouveau procès, j'ordonnerais l'acquittement de M^{me} Lucas.

Pourvois rejetés, les juges MCLACHLIN et MAJOR sont dissidents quant au pourvoi de Johanna Lucas.

Procureurs des appelants: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Graeme G. Mitchell, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Robert Frater, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: M. David Lepofsky, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Shawn Greenberg, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1998 Vol. 1

4^e cahier, 1998 Vol. 1

Cited as [1998] 1 S.C.R. 493-678

Renvoi [1998] 1 R.C.S. 493-678

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1998.

CONTENTS

Aubry v. Éditions Vice-Versa inc. 591

Civil liability — Invasion of privacy — Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission — Whether publication of photograph infringes teenager's right to her image and to privacy — Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph — Whether publication of photograph caused teenager prejudice — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1, 49.

Civil rights — Right to privacy — Right to one's image — Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission — Balancing of right to privacy and freedom of expression — Whether publication of photograph infringes teenager's right to her image and to privacy — Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph —

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1998.

SOMMAIRE

Aubry c. Éditions Vice-Versa inc. 591

Responsabilité civile — Atteinte à la vie privée — Publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente prise dans un lieu public sans sa permission — La publication de cette photographie porte-t-elle atteinte au droit à l'image et à la vie privée de l'adolescente? — La publication de la photographie est-elle permise en vertu de la liberté d'expression artistique ou du droit du public à l'information? — La publication de la photographie a-t-elle causé un préjudice à l'adolescente? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 5, 9.1, 49.

Libertés publiques — Droit à la vie privée — Droit à l'image — Publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente prise dans un lieu public sans sa permission — Pondération du droit à la vie privée et de la liberté d'expression — La publication de cette photographie porte-t-elle atteinte au droit à l'image et à la vie privée de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1.

Civil rights — Freedom of expression — Freedom of artistic expression — Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission — Balancing of right to privacy and freedom of expression — Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph even though such publication infringes teenager's right to her image and to privacy — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1.

Costs — Additional costs — Important case — Additional award of costs inappropriate here even if this were recognized to be test case — Including additional costs in claim for damages inconsistent with art. 477 C.C.P. — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 477 — Tariff of judicial fees of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, s. 15.

Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net 626

Courts — Jurisdiction — Interlocutory injunctions — Federal Court of Canada — Human rights tribunal empanelled to decide whether certain recorded telephone messages violated Canadian Human Rights Act — Federal human rights commission seeking injunction to prevent messages being made available until tribunal rendered its final order — Whether Federal Court had jurisdiction to issue injunction — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 3, 44 — Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 13(1).

Contempt of court — Injunction — Violation — Federal Court enjoining parties from making certain phone messages available until human rights tribunal had made its final ruling on whether they violated Canadian Human Rights Act — Whether parties properly held in contempt of court for violating terms of injunction.

Vriend v. Alberta 493

Practice — Standing — Charter challenge — Teacher's employment at college terminated because of his homosexuality — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether appellants have standing to challenge legislative provisions other than those relating to employment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Legislative omission — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether Charter applies to legislation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'adolescente? — La publication de la photographie est-elle permise en vertu de la liberté d'expression artistique ou du droit du public à l'information? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 5, 9.1.

Libertés publiques — Liberté d'expression — Liberté d'expression artistique — Publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente prise dans un lieu public sans sa permission — Pondération du droit à la vie privée et de la liberté d'expression — La publication de la photographie est-elle permise en vertu de la liberté d'expression artistique même si cette publication porte atteinte au droit à l'image et à la vie privée de l'adolescente? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 5, 9.1.

Dépens — Dépens additionnels — Cause importante — Dépens additionnels inappropriés dans la présente affaire même s'il était reconnu qu'il s'agit d'une cause-type — Inclusion de dépens additionnels dans une réclamation en dommages-intérêts contraire à l'art. 477 C.p.c. — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 477 — Tarif des honoraires judiciaires des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13, art. 15.

Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net 626

Tribunaux — Compétence — Injonctions interlocutoires — Cour fédérale du Canada — Tribunal des droits de la personne constitué pour décider si certains messages téléphoniques enregistrés violaient la Loi canadienne sur les droits de la personne — Injonction demandée par la Commission canadienne des droits de la personne pour interdire les messages jusqu'à ce que le tribunal ait prononcé son ordonnance finale — La Cour fédérale avait-elle compétence pour accorder l'injonction demandée? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 3, 44 — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 13(1).

Outrage au tribunal — Injonction — Violation — Ordonnance de la Cour fédérale interdisant aux intéressés de donner accès à certains messages téléphoniques jusqu'à ce que le tribunal des droits de la personne ait décidé de façon définitive si ces messages violaient la Loi canadienne sur les droits de la personne — Les intéressés ont-ils à bon droit été déclarés coupables d'outrage au tribunal pour avoir violé les conditions de l'injonction?

Vriend c. Alberta 493

Pratique — Qualité pour agir — Contestation fondée sur la Charte — Professeur congédié par un collège en raison de son homosexualité — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — Les appelants ont-ils la qualité pour contester les dispositions législatives ne portant pas sur l'emploi? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether non-inclusion of sexual orientation infringes right to equality — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Reading in — Non-inclusion of sexual orientation in provincial human rights legislation infringing right to equality — Whether sexual orientation should be read into legislation — Constitution Act, 1982, s. 52 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Omission du législateur — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — La Charte s'applique-t-elle à la législation? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — La non-inclusion de l'orientation sexuelle porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Interprétation large — La non-inclusion de l'orientation sexuelle dans la législation provinciale sur les droits de la personne porte atteinte au droit à l'égalité — L'orientation sexuelle devrait-elle être tenue pour incluse dans la législation? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Delwin Vriend, Gala-Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton, Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society and Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Alberta and Her Majesty's Attorney General in and for the Province of Alberta *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Alberta Civil Liberties Association, Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE), the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF), the Foundation for Equal Families, the Canadian Human Rights Commission, the Canadian Labour Congress, the Canadian Bar Association — Alberta Branch, the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA), the Canadian AIDS Society, the Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada, the Canadian Jewish Congress, the Christian Legal Fellowship, the Alberta Federation of Women United for Families, the Evangelical Fellowship of Canada and Focus on the Family (Canada) Association *Interveners*

INDEXED AS: VRIEND *v.* ALBERTA

File No.: 25285.

1997: November 4; 1998: April 2.

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

* Sopinka J. took no part in the judgment.

Delwin Vriend, Gala-Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton, le Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society et Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le procureur général de la province de l'Alberta *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, l'Alberta Civil Liberties Association, Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE), le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ), la Foundation for Equal Families, la Commission canadienne des droits de la personne, le Congrès du travail du Canada, l'Association du Barreau canadien — Division de l'Alberta, l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCDP), la Société canadienne du SIDA, l'Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada, le Congrès juif canadien, le Christian Legal Fellowship, l'Alberta Federation of Women United for Families, l'Evangelical Fellowship of Canada et la Focus on the Family (Canada) Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: VRIEND *c.* ALBERTA

N° du greffe: 25285.

1997: 4 novembre; 1998: 2 avril.

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

* Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Practice — Standing — Charter challenge — Teacher's employment at college terminated because of his homosexuality — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether appellants have standing to challenge legislative provisions other than those relating to employment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Legislative omission — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether Charter applies to legislation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether non-inclusion of sexual orientation infringes right to equality — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Reading in — Non-inclusion of sexual orientation in provincial human rights legislation infringing right to equality — Whether sexual orientation should be read into legislation — Constitution Act, 1982, s. 52 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

The appellant V was employed as a laboratory coordinator by a college in Alberta, and was given a permanent, full-time position in 1988. Throughout his term of employment he received positive evaluations, salary increases and promotions for his work performance. In 1990, in response to an inquiry by the president of the college, V disclosed that he was homosexual. In early 1991, the college's board of governors adopted a position statement on homosexuality, and shortly thereafter, the president of the college requested V's resignation. V declined to resign, and his employment was terminated by the college. The sole reason given was his non-compliance with the college's policy on homosexual prac-

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

Pratique — Qualité pour agir — Contestation fondée sur la Charte — Professeur congédié par un collège en raison de son homosexualité — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — Les appelants ont-ils la qualité pour contester les dispositions législatives ne portant pas sur l'emploi? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Omission du législateur — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — La Charte s'applique-t-elle à la législation? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — La non-inclusion de l'orientation sexuelle porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Interprétation large — La non-inclusion de l'orientation sexuelle dans la législation provinciale sur les droits de la personne porte atteinte au droit à l'égalité — L'orientation sexuelle devrait-elle être tenue pour incluse dans la législation? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

L'appellant V a été engagé comme coordonnateur de laboratoire par un collège albertain, et il a obtenu un poste permanent à temps plein en 1988. Pendant toute la durée de son emploi, son travail a été évalué favorablement, et son rendement lui a valu des augmentations de salaire et de l'avancement. En 1990, en réponse à une demande formulée par le président de l'établissement, V a révélé qu'il était homosexuel. Au début de 1991, le conseil des gouverneurs du collège a adopté un énoncé de principe sur l'homosexualité et, peu après, le président de l'établissement a demandé à V de démissionner. Ce dernier a refusé, et il a été congédié par le collège. Le seul motif donné pour justifier le congédiement était

tice. V appealed the termination and applied for reinstatement, but was refused. He attempted to file a complaint with the Alberta Human Rights Commission on the grounds that his employer had discriminated against him because of his sexual orientation, but the Commission advised V that he could not make a complaint under the *Individual's Rights Protection Act (IRPA)*, because it did not include sexual orientation as a protected ground. V and the other appellants filed a motion in the Court of Queen's Bench for declaratory relief. The trial judge found that the omission of protection against discrimination on the basis of sexual orientation was an unjustified violation of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. She ordered that the words "sexual orientation" be read into ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* as a prohibited ground of discrimination. The majority of the Court of Appeal allowed the Alberta government's appeal.

Held (Major J. dissenting in part on the appeal): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. The preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA* infringe s. 15(1) of the *Charter* and the infringement is not justifiable under s. 1. As a remedy, the words "sexual orientation" should be read into the prohibited grounds of discrimination in these provisions.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Bastarache JJ.: The appellants have standing to challenge the validity of the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA*. A serious issue as to constitutional validity is raised with respect to all these provisions. V and the other appellants also have a direct interest in the exclusion of sexual orientation from all forms of discrimination. Finally, the only other way the issue could be brought before the Court with respect to the sections of the Act other than those relating to employment would be to wait until someone is discriminated against on the ground of sexual orientation in housing, goods and services, etc. and challenge the validity of the provision in each appropriate case. This would not only be wasteful of judicial resources, but also unfair in that it would impose burdens of delay, cost and personal vulnerability to discrimination for the individuals involved in those eventual cases. Since the provisions are all very similar and do not depend on any particular factual context in order

le non-respect de la politique du collège en matière d'homosexualité. V en a appelé du congédiement et a demandé sa réintégration, ce qui lui a été refusé. Il a tenté de saisir l'Alberta Human Rights Commission d'une plainte dans laquelle il soutenait que son employeur avait fait preuve de discrimination à son égard en raison de son orientation sexuelle mais la commission a informé V qu'il ne pouvait formuler une plainte en application de l'*Individual's Rights Protection Act* (l'*IRPA*) parce que l'orientation sexuelle ne figurait pas au nombre des motifs de distinction illicites. V et les autres appelants ont présenté une requête à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en vue d'obtenir un jugement déclaratoire. Le juge de première instance a conclu que l'omission de protéger les citoyens contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle constituait une violation injustifiée de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a ordonné que «l'orientation sexuelle» soit tenue pour un motif de distinction illicite pour l'application des art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1) et 10 de l'*IRPA*. L'appel du gouvernement a été accueilli par la majorité des juges de la Cour d'appel de l'Alberta.

Arrêt (le juge Major est dissident en partie quant au pourvoi principal): Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. Le préambule et les art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) de l'*IRPA* portent atteinte au par. 15(1) de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiable en vertu de l'article premier. À titre de mesure corrective, les mots «orientation sexuelle» sont tenus pour inclus dans les motifs de distinction interdits par ces dispositions.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Bastarache: Les appelants ont qualité pour contester la validité du préambule et des art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 et 16(1) de l'*IRPA*. Une question sérieuse est soulevée quant à la validité constitutionnelle de chacune de ces dispositions. V et les autres appelants ont également un intérêt direct à l'égard de l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'ensemble des formes de discrimination. Enfin, la seule autre façon dont notre Cour pourrait être saisie de la question relativement aux autres dispositions de la Loi qui ne concernent pas l'emploi serait d'attendre qu'une personne soit victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'habitation, de consommation et de services, etc. et qu'elle conteste la validité de la disposition pertinente. Ce serait non seulement peu rentable sur le plan des ressources judiciaires, mais également injuste pour les personnes en cause, parce qu'elles auraient à surmonter les obstacles que sont les délais, les frais et la vulnérabilité personnelle face à la discrimina-

to resolve their constitutional status, there is really no need to adduce additional evidence regarding the provisions concerned with discrimination in areas other than employment.

The respondents' argument on their cross-appeal that because this case concerns a legislative omission, s. 15 of the *Charter* should not apply pursuant to s. 32 cannot be accepted. The threshold test that there be some "matter within the authority of the legislature" which is the proper subject of a *Charter* analysis has been met. The fact that it is the underinclusiveness of the *IRPA* which is at issue does not alter the fact that it is the legislative act which is the subject of *Charter* scrutiny in this case. Furthermore, the language of s. 32 does not limit the application of the *Charter* merely to positive actions encroaching on rights or the excessive exercise of authority. Where, as here, the challenge concerns an Act of the legislature that is underinclusive as a result of an omission, s. 32 should not be interpreted as precluding the application of the *Charter*. The application of the *Charter* to the *IRPA* does not amount to applying it to private activity. Since the constitutional challenge here concerns the *IRPA*, it deals with laws that regulate private activity, and not the acts of a private entity.

While this Court has not adopted a uniform approach to s. 15(1), in this case any differences in approach would not affect the result. The essential requirements of a s. 15(1) analysis will be satisfied by inquiring first, whether there is a distinction which results in the denial of equality before or under the law, or of equal protection or benefit of the law; and second, whether this denial constitutes discrimination on the basis of an enumerated or analogous ground. The omission of sexual orientation as a protected ground in the *IRPA* creates a distinction that is simultaneously drawn along two different lines. The first is the distinction between homosexuals and other disadvantaged groups which are protected under the Act. Gays and lesbians do not have formal equality with reference to other protected groups, since those other groups are explicitly included and they are not. The second, more fundamental, distinction is between homosexuals and heterosexuals. The exclusion of the ground of sexual orientation, considered in the context of the social reality of discrimination against gays and lesbians, clearly has a disproportionate impact on them as opposed to heterosexuals. The *IRPA* in its underinclusive state therefore denies substantive equality to the former group. By reason of its underinclusive-

tion. Comme toutes les dispositions se ressemblent beaucoup et que leur constitutionnalité ne dépend pas d'un contexte factuel particulier, il n'est pas vraiment nécessaire de produire des éléments de preuve supplémentaires quant aux dispositions relatives à la discrimination dans les autres domaines que l'emploi.

Dans le cadre de leur pourvoi incident, les intimés font valoir que, parce qu'il s'agit en l'espèce d'une omission du législateur, l'art. 15 de la *Charte* ne devrait pas s'appliquer en vertu de l'art. 32. Cet argument ne saurait être accepté. Il a été satisfait au critère préliminaire selon lequel il doit s'agir d'un «domaine relevant de [la] législature» lequel est le véritable sujet de l'analyse fondée sur la *Charte*. Que la portée trop limitative de l'*IRPA* soit en cause ne change rien au fait qu'en l'espèce, l'examen fondé sur la *Charte* porte sur l'acte législatif. En outre, le libellé de l'art. 32 n'a pas pour effet de limiter l'application de la *Charte* aux actions positives qui empiètent sur des droits ou à l'exercice abusif d'un pouvoir. Lorsque, comme en l'espèce, la contestation vise une loi adoptée par la législature qui est trop limitative en raison d'une omission, l'art. 32 ne devrait pas être interprété comme faisant obstacle à l'application de la *Charte*. Appliquer la *Charte* à l'*IRPA* ce n'est pas appliquer la *Charte* à une activité privée. Comme la présente contestation constitutionnelle porte sur l'*IRPA*, elle porte sur une loi qui régit l'activité privée et non sur les actes d'une entité privée.

Bien que la Cour n'ait pas adopté une approche uniforme à l'égard du par. 15(1), dans la présente espèce, toute différence pouvant exister quant à la méthode à employer relativement à cette disposition ne modifie en rien le résultat. Les exigences essentielles d'une analyse fondée sur le par. 15(1) sont respectées si l'on se demande premièrement s'il y a une distinction entraînant la négation du droit à l'égalité devant la loi ou dans la loi ou la négation du droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi et, deuxièmement, si cette négation constitue une discrimination fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou sur un motif analogue. L'omission de l'orientation sexuelle dans les motifs de distinction interdits par l'*IRPA* établit une distinction et ce, sous deux rapports différents simultanément. Premièrement, une distinction est créée entre les homosexuels, d'une part, et les autres groupes défavorisés qui bénéficient de la protection de l'*IRPA*, d'autre part. Les homosexuels ne jouissent pas d'une égalité formelle par rapport aux autres groupes protégés puisque ceux-ci sont explicitement inclus alors que les homosexuels ne le sont pas. Deuxièmement, une distinction encore plus fondamentale est créée entre homosexuels et hétérosexuels. Compte tenu de la réalité sociale de la discrimi-

ness, the *IRPA* creates a distinction which results in the denial of the equal benefit and protection of the law on the basis of sexual orientation, a personal characteristic which is analogous to those enumerated in s. 15(1). This, in itself, is sufficient to conclude that discrimination is present and that there is a violation of s. 15. The serious discriminatory effects of the exclusion of sexual orientation from the Act reinforce this conclusion. The distinction has the effect of imposing a burden or disadvantage not imposed on others and of withholding benefits or advantages which are available to others. The first and most obvious effect of the exclusion of sexual orientation is that lesbians or gay men who experience discrimination on the basis of their sexual orientation are denied recourse to the mechanisms set up by the *IRPA* to make a formal complaint of discrimination and seek a legal remedy. The dire and demeaning effect of denial of access to remedial procedures is exacerbated by the fact that the option of a civil remedy for discrimination is precluded and by the lack of success that lesbian women and gay men have had in attempting to obtain a remedy for discrimination on the ground of sexual orientation by complaining on other grounds such as sex or marital status. Furthermore, the exclusion from the *IRPA*'s protection sends a message to all Albertans that it is permissible, and perhaps even acceptable, to discriminate against individuals on the basis of their sexual orientation. Perhaps most important is the psychological harm which may ensue from this state of affairs. In excluding sexual orientation from the *IRPA*'s protection, the government has, in effect, stated that "all persons are equal in dignity and rights" except gay men and lesbians. Such a message, even if it is only implicit, must offend s. 15(1).

The exclusion of sexual orientation from the *IRPA* does not meet the requirements of the *Oakes* test and accordingly cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. Where a law has been found to violate the *Charter* owing to underinclusion, the legislation as a whole, the impugned provisions, and the omission itself are all properly considered in determining whether the legislative objective is pressing and substantial. In the absence of any submissions regarding the pressing and substantial nature of the objective of the omission at issue here, the respondents have failed to discharge their eviden-

nation exercée contre les homosexuels, l'exclusion de l'orientation sexuelle a de toute évidence un effet disproportionné sur ces derniers par comparaison avec les hétérosexuels. En raison de sa portée trop limitative, l'*IRPA* nie donc aux homosexuels le droit à l'égalité réelle. De par sa portée trop limitative, l'*IRPA* crée une distinction qui conduit à la négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi sur le fondement de l'orientation sexuelle reconnue comme étant une caractéristique personnelle analogue à celles énumérées au par. 15(1). En soi, cela suffit pour conclure qu'il y a discrimination et, partant, violation de l'art. 15. Les effets discriminatoires graves de l'exclusion de l'orientation sexuelle de la Loi renforcent cette conclusion. La distinction a pour effet d'imposer un fardeau ou un désavantage non imposé à d'autres et d'empêcher l'accès aux avantages offerts à d'autres. Le premier effet, et le plus évident, de l'exclusion de l'orientation sexuelle est que les homosexuels victimes de discrimination fondée sur leur orientation sexuelle n'ont pas accès à la procédure établie par l'*IRPA* pour le dépôt d'une plainte officielle et l'obtention d'une réparation. Les conséquences tragiques et infamantes du non-recours aux recours prévus par la Loi sont exacerbées tant par l'exclusion de tout recours au civil que par le peu de succès qu'ont eu les homosexuels qui ont tenté d'obtenir réparation pour une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en invoquant d'autres motifs comme le sexe ou l'état matrimonial. Au surplus, l'exclusion de la protection de l'*IRPA* envoie à tous les Albertains le message qu'il est permis et, peut-être même, acceptable d'exercer une discrimination à l'égard d'une personne sur le fondement de son orientation sexuelle. La souffrance psychologique est peut-être le préjudice le plus important dans de telles circonstances. En soustrayant à l'application de l'*IRPA* la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, le gouvernement a, dans les faits, affirmé que «chacun joui[t] de la même dignité et des mêmes droits», sauf les homosexuels. Un tel message, même s'il n'est que tacite, ne peut que violer le par. 15(1).

L'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* ne satisfait pas aux exigences du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* et elle ne peut, en conséquence, être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Lorsqu'une loi est jugée contraire à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c'est tout à la fois la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même qu'il y a lieu de prendre en compte pour déterminer si l'objectif législatif est urgent et réel. Vu l'absence d'observations quant à la nature urgente et réelle de l'objectif de l'omission en cause, les

tiary burden and their case must thus fail at this first stage of the s. 1 analysis. Even if the evidentiary burden were to be put aside in an attempt to discover an objective for the omission from the provisions of the *IRPA*, the result would be the same. Where, as here, a legislative omission is on its face the very antithesis of the principles embodied in the legislation as a whole, the Act itself cannot be said to indicate any discernible objective for the omission that might be described as pressing and substantial so as to justify overriding constitutionally protected rights.

Far from being rationally connected to the objective of the impugned provisions, the exclusion of sexual orientation from the Act is antithetical to that goal. With respect to minimal impairment, the Alberta government has failed to demonstrate that it had a reasonable basis for excluding sexual orientation from the *IRPA*. Gay men and lesbians do not have any, much less equal, protection against discrimination on the basis of sexual orientation under the *IRPA*. The exclusion constitutes total, not minimal, impairment of the *Charter* guarantee of equality. Finally, since the Alberta government has failed to demonstrate any salutary effect of the exclusion in promoting and protecting human rights, there is no proportionality between the attainment of the legislative goal and the infringement of the appellants' equality rights.

Reading sexual orientation into the impugned provisions of the *IRPA* is the most appropriate way of remedying this underinclusive legislation. When determining whether reading in is appropriate, courts must have regard to the twin guiding principles of respect for the role of the legislature and respect for the purposes of the *Charter*. The purpose of the *IRPA* is the recognition and protection of the inherent dignity and inalienable rights of Albertans through the elimination of discriminatory practices. Reading sexual orientation into the offending sections would minimize interference with this clearly legitimate legislative purpose and thereby avoid excessive intrusion into the legislative sphere whereas striking down the *IRPA* would deprive all Albertans of human rights protection and thereby unduly interfere with the scheme enacted by the legislature. It is reasonable to assume that, if the legislature had been faced with the choice of having no human rights statute or having one that offered protection on the ground of sexual orientation, the latter option would have been chosen.

intimés ne se sont pas déchargés de leur fardeau de preuve et partant, n'ont pas réussi à franchir cette première étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Même si la question du fardeau de la preuve était écartée en vue de discerner l'objectif de l'omission dans les dispositions de l'*IRPA*, le résultat serait le même. Lorsque, comme en l'espèce, une omission du législateur est à première vue l'antithèse des principes qu'incarne le texte dans son ensemble, on ne peut dire que l'omission correspond à un objectif qui ressort de la Loi elle-même et qui serait urgent et réel, de telle sorte que soit justifiée une dérogation à des droits constitutionnellement protégés.

Loin d'être rationnellement liée à l'objectif des dispositions contestées, l'exclusion de l'orientation sexuelle en est l'antithèse. En ce qui concerne l'atteinte minimale, le gouvernement de l'Alberta n'a pas démontré qu'il avait un motif raisonnable d'exclure l'orientation sexuelle de l'*IRPA*. Cette loi ne confère aux homosexuels aucune protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et encore moins une protection égale. Une telle exclusion constitue une atteinte intégrale, et non minimale, à la garantie d'égalité énoncée par la *Charte*. Enfin, comme le gouvernement de l'Alberta n'a pas établi quels bienfaits cette exclusion apportait à la promotion et à la protection des droits de la personne, il n'y a aucune proportionnalité entre l'atteinte de l'objectif législatif et la violation des droits à l'égalité des appelants.

L'inclusion de l'orientation sexuelle dans les dispositions contestées de l'*IRPA* par le recours à l'interprétation large est la meilleure façon de corriger la portée trop limitative de ce texte de loi. Lorsqu'ils examinent s'il convient d'adopter une interprétation large, les tribunaux doivent tenir compte de deux principes directeurs, savoir le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte*. L'*IRPA* a pour objet de reconnaître et de protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des Albertains au moyen de l'élimination des pratiques discriminatoires. Le recours à l'interprétation large en vue d'inclure l'orientation sexuelle dans les dispositions fautives réduirait l'empiètement sur cet objet manifestement légitime et éviterait ainsi une ingérence excessive dans le domaine législatif, alors que l'annulation de l'*IRPA* priverait tous les Albertains de la protection des droits de la personne, ce qui modifierait indûment l'économie de la loi adoptée par le législateur. Il est raisonnable de supposer que si le législateur avait eu le choix entre renoncer à faire passer une loi relative aux droits de la personne ou en adopter une qui interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il aurait opté pour la deuxième solution.

Per L'Heureux-Dubé J.: There is general agreement with the results reached by the majority. While the approach to s. 1 is agreed with, the proper approach to s. 15(1) of the *Charter* is reiterated. Section 15(1) is first and foremost an equality provision. Its primary mission is the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. A s. 15(1) analysis should focus on uncovering and understanding the negative impacts of a legislative distinction (including, as in this case, a legislative omission) on the affected individual or group, rather than on whether the distinction has been made on an enumerated or analogous ground. Integral to an inquiry into whether a legislative distinction is discriminatory within the meaning of s. 15(1) is an appreciation of both the social vulnerability of the affected individual or group, and the nature of the interest which is affected in terms of its importance to human dignity and personhood. Section 15(1) is engaged when the impact of a legislative distinction deprives an individual or group who has been found to be disadvantaged in our society of the law's protection or benefit in a way which negatively affects their human dignity and personhood. Although the presence of enumerated and analogous grounds may be indicia of discrimination, or may even raise a presumption of discrimination, it is in the appreciation of the nature of the individual or group who is being negatively affected that they should be examined.

Per Major J. (dissenting in part on the appeal): The Alberta legislature, having enacted comprehensive human rights legislation that applies to everyone in the province, has then selectively denied the protection of the Act to people with a different sexual orientation. No explanation was given for the exclusion of sexual orientation from the prohibited grounds of discrimination in the *IRPA*, and none is apparent from the evidence filed by the province. The inescapable conclusion is that there is no reason to exclude that group from s. 7 of the *Charter* and to do so is discriminatory and offends their constitutional rights. The words "sexual orientation" should not be read into the Act, however. While reading in may be appropriate where it can be safely assumed that the legislature itself would have remedied the underinclusiveness by extending the benefit or protection to the previously excluded group, that assumption cannot be made in this appeal. It may be that the legislature would

Le juge L'Heureux-Dubé: Il y a accord pour l'essentiel avec les résultats auxquels parviennent les juges majoritaires. Bien que l'approche retenue à l'égard de l'article premier de la *Charte* recueille l'adhésion, la façon dont il convient d'aborder le par. 15(1) est exposée à nouveau. Cette disposition porte d'abord et avant tout sur l'égalité. Son objet principal est de favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. L'analyse fondée sur le par. 15(1) devrait principalement viser à détecter et à comprendre les incidences négatives d'une distinction législative (et notamment, comme en l'espèce, d'une omission du législateur) sur la personne ou le groupe concerné plutôt qu'à déterminer si la distinction en cause a été établie sur le fondement d'un motif énuméré ou d'un motif analogue. L'un des éléments essentiels de l'examen permettant de déterminer si une distinction législative est, de fait, discriminatoire au sens du par. 15(1) est la prise en compte tant de la vulnérabilité sociale de l'individu ou du groupe concerné que de la nature du droit auquel il est porté atteinte quant à son importance pour la dignité humaine et la personnalité. Le paragraphe 15(1) entre en jeu lorsque l'impact négatif d'une distinction législative prive une personne ou un groupe considéré comme défavorisé dans notre société de la protection et du bénéfice de la loi en portant atteinte à leur dignité humaine et à leur personnalité. Quoique les motifs énumérés et les motifs analogues puissent être des indices de discrimination ou puissent même donner naissance à une présomption de discrimination, c'est à l'étape de l'appréciation de la nature de la personne ou du groupe lésé qu'ils doivent être examinés.

Le juge Major (dissident en partie quant au pourvoi principal): La législature de l'Alberta, après avoir adopté une loi d'ensemble sur les droits de la personne qui s'applique à toutes les personnes dans la province, a ensuite sélectivement privé de la protection de la Loi les personnes ayant une orientation sexuelle différente. Aucune explication n'a été fournie pour expliquer l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs de distinction interdits par l'*IRPA* et aucune ne ressort de la preuve déposée par la province. On doit inévitablement conclure qu'il n'existe aucune raison d'exclure le groupe visé de l'art. 7 de la *Charte*, et une telle exclusion est discriminatoire et porte atteinte aux droits constitutionnels des personnes faisant partie de ce groupe. Toutefois, il n'y a pas lieu de recourir à l'interprétation large pour inclure les mots «orientation sexuelle» dans la Loi. Bien que l'interprétation large puisse être approuvée lorsque l'on peut supposer sans risque d'erreur que

prefer no human rights Act over one that includes sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. As well, there are numerous ways in which the legislation could be amended to address the underinclusiveness. As an alternative, given the legislature's persistent refusal to protect against discrimination on the basis of sexual orientation, it may be that it would choose to override the *Charter* breach by invoking the notwithstanding clause in s. 33 of the *Charter*. In any event it should lie with the elected legislature to determine this issue. The offending sections should be declared invalid and the legislature provided with an opportunity to rectify them. The declaration of invalidity should be restricted to the employment-related provisions of the *IRPA*, namely ss. 7(1), 8(1) and 10. While the same conclusions may apply to the remaining provisions of the *IRPA*, *Charter* cases should not be considered in a factual vacuum. The declaration of invalidity should be suspended for one year to allow the legislature an opportunity to bring the impugned provisions into line with its constitutional obligations.

Cases Cited

By Cory and Iacobucci JJ.

Referred to: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xii; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)*, [1993] 1 S.C.R. 839; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Andrews v. Law Society of*

la législature elle-même aurait remédié à la nature trop limitative de la Loi en étendant le bénéfice ou la protection en question au groupe antérieurement exclu, une telle supposition ne peut être faite dans le présent pourvoi. Il se peut que la législature préfère ne pas adopter de loi sur les droits de la personne plutôt que d'en adopter une qui comprenne l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. De même, il existe de nombreuses façons de modifier la Loi afin de remédier à sa nature trop limitative. Par ailleurs, vu qu'elle persiste dans son refus d'accorder une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la législature pourrait décider d'invoquer l'art. 33 de la *Charte* pour protéger les dispositions qui portent atteinte à la *Charte*. De toute façon, il incombe à la législature, dont les membres ont été élus, de trancher cette question. Il est préférable de déclarer invalides les dispositions fautives et de permettre à la législature de les rectifier. La déclaration d'invalidité devrait être limitée aux dispositions de l'*IRPA* relatives à l'emploi, soit les art. 7(1), 8(1) et 10. Bien que les mêmes conclusions puissent s'appliquer aux autres dispositions de l'*IRPA*, les causes fondées sur la *Charte* ne doivent pas être examinées dans un vide factuel. La déclaration d'invalidité devrait être suspendue pour une période d'un an afin de permettre à la législature de modifier les dispositions contestées de façon à les rendre conformes à ses obligations constitutionnelles.

Jurisprudence

Citée par les juges Cory et Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*,

British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Newfoundland (Human Rights Commission) v. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418.

By Major J. (dissenting in part)

Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1), 24(1), 32(1), 33.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 3(1).
Constitution Act, 1867, s. 92.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2(a)(i) [ad. 1995, c. 22, s. 6].
Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, c. H-11.7, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2 [am. 1985, c. 33; am. 1990, c. 23], preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, S.A. 1972 [am. 1980, c. 27], c. 2, ss. 2, 3, 4, 6, 7, 9.
Individual's Rights Protection Amendment Act, 1996, S.A. 1996, c. 25.

[1989] 2 R.C.S. 530; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Romer c. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Newfoundland (Human Rights Commission) c. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

Citée par le juge Major (dissident en partie)

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1), 24(1), 32(1), 33.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2a(i) [aj. 1995, ch. 22, art. 6].
Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, ch. H-11.7, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2 [mod. 1985, ch. 33; mod. 1990, ch. 23], préambule, art. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, S.A. 1972 [mod. 1990, ch. 27], ch. 2, art. 2, 3, 4, 6, 7, 9.
Individual's Rights Protection Amendment Act, 1996, S.A. 1996, ch. 25.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Authors Cited

- Ackerman, Bruce. "The Rise of World Constitutionalism" (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771.
- Alberta. *Our Commitment to Human Rights: The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel*. Edmonton: Alberta Community Development, 1995.
- Alberta Hansard*, November 22, 1972, at p. 80-63.
- Alberta Human Rights Review Panel. *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta*. Edmonton: The Panel, 1994.
- Beatty, David M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Beatty, David M. "Law and Politics" (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131.
- Beatty, David M., ed. *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1994.
- Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- Black, William. "Vriend, Rights and Democracy" (1996), 7 *Constitutional Forum* 126.
- Dickson, R. G. B. "Keynote Address", in *The Cambridge Lectures 1985*. Montréal: Yvon Blais, 1985.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Jackman, Martha. "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.
- Khullar, Ritu. "Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination" (1998), 7 *N.J.C.L.* 221.
- Knopff, Rainer, and F. L. Morton. *Charter Politics*. Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1992.
- Mandel, Michael. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Toronto: Wall & Thompson, 1994.
- Monahan, Patrick. "A Theory of Judicial Review Under the Charter", in *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*. Toronto: Carswell, 1987, 97.
- O'Byrne, Shannon K., and James F. McGinnis. "Case Comment: Vriend v. Alberta: Plessy Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta" (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 892.
- Peacock, Anthony A., ed. *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform*,

Doctrines citées

- Ackerman, Bruce. «The Rise of World Constitutionalism» (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771.
- Alberta. *Our Commitment to Human Rights: The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel*. Edmonton: Alberta Community Development, 1995.
- Alberta Hansard*, November 22, 1972, at p. 80-63.
- Alberta Human Rights Review Panel. *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta*. Edmonton: The Panel, 1994.
- Beatty, David M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Beatty, David M. «Law and Politics» (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131.
- Beatty, David M., ed. *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1994.
- Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- Black, William. «Vriend, Rights and Democracy» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 126.
- Dickson, R. G. B. «Keynote Address», in *The Cambridge Lectures 1985*. Montréal: Yvon Blais, 1985.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Jackman, Martha. «Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter» (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.
- Khullar, Ritu. «Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination» (1998), 7 *N.J.C.L.* 221.
- Knopff, Rainer, and F. L. Morton. *Charter Politics*. Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1992.
- Mandel, Michael. *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*. Traduit de l'anglais par Hervé Juste. Québec: Boréal, 1996.
- Monahan, Patrick. «A Theory of Judicial Review Under the Charter», in *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*. Toronto: Carswell, 1987, 97.
- O'Byrne, Shannon K., and James F. McGinnis. «Case Comment: Vriend v. Alberta: Plessy Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta» (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 892.
- Peacock, Anthony A., ed. *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform*,

- Interpretation, and Theory*. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 1996.
- Pothier, Dianne. "The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak" (1996), 7 *Constitutional Forum* 113.
- Renke, Wayne N. "Case Comment: *Vriend v. Alberta*: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice" (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 925.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1997, release 4).
- Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In Robert J. Sharpe, ed. *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 233.
- Interpretation, and Theory*. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 1996.
- Pothier, Dianne. «The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 113.
- Renke, Wayne N. «Case Comment: *Vriend v. Alberta*: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice» (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 925.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1997, release 4).
- Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In Robert J. Sharpe, ed. *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 233.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1996), 181 A.R. 16, 116 W.A.C. 16, 37 Alta. L.R. (3d) 364, [1996] 5 W.W.R. 617, 132 D.L.R. (4th) 595, 18 C.C.E.L. (2d) 1, 96 C.L.L.C. ¶230-013, 25 C.H.R.R. D/1, 34 C.R.R. (2d) 243, [1996] A.J. No. 182 (QL), reversing a decision of the Court of Queen's Bench (1994), 152 A.R. 1, 18 Alta. L.R. (3d) 286, [1994] 6 W.W.R. 414, 94 C.L.L.C. ¶17,025, 20 C.H.R.R. D/358, [1994] A.J. No. 272 (QL), finding that the omission of protection against discrimination on the basis of sexual orientation from the Alberta *Individual's Rights Protection Act* was an unjustified violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal allowed, Major J. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Sheila J. Greckol, Douglas R. Stollery, Q.C., June Ross and Jo-Ann R. Kolmes, for the appellants.

John T. McCarthy, Q.C., and Donna Grainger, for the respondents.

Brian Saunders and James Hendry, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert E. Charney, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Shirish P. Chotalia and Brian A. F. Edy, for the intervener the Alberta Civil Liberties Association.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 181 A.R. 16, 116 W.A.C. 16, 37 Alta. L.R. (3d) 364, [1996] 5 W.W.R. 617, 132 D.L.R. (4th) 595, 18 C.C.E.L. (2d) 1, 96 C.L.L.C. ¶230-013, 25 C.H.R.R. D/1, 34 C.R.R. (2d) 243, [1996] A.J. No. 182 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (1994), 152 A.R. 1, 18 Alta. L.R. (3d) 286, [1994] 6 W.W.R. 414, 94 C.L.L.C. ¶17,025, 20 C.H.R.R. D/358, [1994] A.J. No. 272 (QL), portant que l'omission d'une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'*Individual's Rights Protection Act* constitue une violation injustifiée du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi principal accueilli, le juge Major est dissident en partie. Pourvoi incident rejeté.

Sheila J. Greckol, Douglas R. Stollery, c.r., June Ross et Jo-Ann R. Kolmes, pour les appelants.

John T. McCarthy, c.r., et Donna Grainger, pour les intimés.

Brian Saunders et James Hendry, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Shirish P. Chotalia et Brian A. F. Edy, pour l'intervenante l'Alberta Civil Liberties Association.

Cynthia Petersen, for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE).

Gwen Brodsky and *Claire Klassen*, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

Raj Anand and *Andrew M. Pinto*, for the intervener the Foundation for Equal Families.

William F. Pentney and *Patricia Lawrence*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Steven M. Barrett and *Vanessa Payne*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

James L. Lebo, Q.C., *James F. McGinnis* and *Julia C. Lloyd*, for the intervener the Canadian Bar Association — Alberta Branch.

Thomas S. Kuttner and *Rebecca Johnson*, for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA).

R. Douglas Elliott and *Patricia A. LeFebour*, for the intervener the Canadian AIDS Society.

Dale Gibson, for the intervener the Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada.

Lyle S. R. Kanee, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

Barbara B. Johnston, for the intervener Christian Legal Fellowship.

Dallas K. Miller, for the intervener the Alberta Federation of Women United for Families.

Gerald D. Chipeur and *Cindy Silver*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and Focus on the Family (Canada) Association.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Bastarache was delivered by

Cynthia Petersen, pour l'intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE).

Gwen Brodsky et *Claire Klassen*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ).

Raj Anand et *Andrew M. Pinto*, pour l'intervenante la Foundation for Equal Families.

William F. Pentney et *Patricia Lawrence*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Steven M. Barrett et *Vanessa Payne*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

James L. Lebo, c.r., *James F. McGinnis* et *Julia C. Lloyd*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien — Division de l'Alberta.

Thomas S. Kuttner et *Rebecca Johnson*, pour l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCDP).

R. Douglas Elliott et *Patricia A. LeFebour*, pour l'intervenante la Société canadienne du SIDA.

Dale Gibson, pour l'intervenante l'Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada.

Lyle S. R. Kanee, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Barbara B. Johnston, pour l'intervenant le Christian Legal Fellowship.

Dallas K. Miller, pour l'intervenante l'Alberta Federation of Women United for Families.

Gerald D. Chipeur et *Cindy Silver*, pour les intervenants l'Evangelical Fellowship of Canada et la Focus on the Family (Canada) Association.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Bastarache rendu par

CORY AND IACOBUCCI JJ. — In these joint reasons Cory J. has dealt with the issues pertaining to standing, the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the breach of s. 15(1) of the *Charter*. Iacobucci J. has discussed s. 1 of the *Charter*, the appropriate remedy, and the disposition.

CORY J.

The *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 (“*IRPA*” or the “Act”), was first enacted in 1973. When the legislation was introduced in 1972, the Minister responsible commented upon and emphasized the nature and importance of the Act, stating: “it is . . . the commitment of this legislature that we regard The Individual’s Rights Protection Act in primacy to any other legislative enactment. . . . [W]e have committed ourselves to suggest that Alberta is not the place for partial rights or half freedoms, but that Alberta hopefully will become the place where each and every man and woman will be able to stand on his own two feet and be recognized as an individual and not as a member of a particular class” (*Alberta Hansard*, November 22, 1972, at p. 80-63). These are courageous words that give hope and comfort to members of every group that has suffered the wounds and indignities of discrimination. Has this laudable commitment been met?

I. Factual Background

A. History of the IRPA

The *IRPA* prohibits discrimination in a number of areas of public life, and establishes the Human Rights Commission to deal with complaints of discrimination. The *IRPA* as first enacted (S.A. 1972, c. 2) prohibited discrimination in public notices (s. 2), public accommodation, services or facilities (s. 3), tenancy (s. 4), employment practices (s. 6), employment advertising (s. 7) or trade union membership (s. 9) on the basis of race, religious beliefs, colour, sex, marital status (in ss. 6 and 9), age (except in ss. 3 and 4), ancestry or place of origin. The Act has since been expanded to include other

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — Dans les présents motifs conjoints, le juge Cory examine les questions relatives à la qualité pour agir, à l’application de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la violation de son par. 15(1). Pour sa part, le juge Iacobucci se penche sur l’article premier de la *Charte* et sur la réparation appropriée; il est en outre l’auteur du dispositif.

LE JUGE CORY

L’*Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2 («l’*IRPA*» ou la «Loi»), a initialement été adoptée en 1973. En présentant le projet de loi en 1972, le ministre responsable a formulé certaines observations et a insisté sur la nature et l’importance de la Loi: [TRADUCTION] «. . . notre législature s’engage à reconnaître la primauté de l’Individual’s Rights Protection Act sur tout autre texte législatif [. . .] [N]ous nous sommes engagés à montrer que l’Alberta n’est pas un territoire où des droits partiels ou des demi-libertés sont accordés, mais un lieu où, nous l’espérons, chacun, homme ou femme, pourra affirmer son autonomie et être reconnu en tant qu’individu et non en tant que membre d’une catégorie particulière» (*Alberta Hansard*, 22 novembre 1972, à la p. 80-63). Il s’agit de propos courageux qui suscitent l’espoir et apportent du réconfort aux membres de tous les groupes qui ont subi les blessures et les outrages de la discrimination. Ce noble engagement a-t-il été respecté?

I. Les faits

A. L’historique de l’IRPA

L’*IRPA* interdit la discrimination dans un certain nombre de domaines de la vie publique et elle prévoit la création de la Human Rights Commission pour l’examen des plaintes relatives à la discrimination. Dans sa version initiale (S.A. 1972, ch. 2), elle interdisait la discrimination dans les avis publics (art. 2), l’hébergement, les services et les équipements offerts au public (art. 3), la location (art. 4), les pratiques d’embauchage (art. 6), la publicité en matière d’emploi (art. 7) et l’activité syndicale (art. 9), sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de

grounds, in a series of amendments (S.A. 1980, c. 27; S.A. 1985, c. 33; S.A. 1990, c. 23; S.A. 1996, c. 25). These additions were apparently, at least in part, made in response to the enactment of the *Charter* and its judicial interpretation. In the most recent amendments the name of the Act was changed to the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*. In 1990, the Act included the following list of prohibited grounds of discrimination: race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry and place of origin. At the present time it also includes marital status, source of income and family status.

l'état matrimonial (art. 6 et 9), de l'âge (sauf les art. 3 et 4), de l'ascendance ou du lieu d'origine. Depuis, une série de modifications (S.A. 1980, ch. 27; S.A. 1985, ch. 33; S.A. 1990, ch. 23; S.A. 1996, ch. 25) a eu pour effet d'ajouter d'autres motifs à ceux déjà prévus. Ces ajouts faisaient apparemment suite, du moins en partie, à l'adoption de la *Charte* et à la jurisprudence s'y rapportant. Lors des plus récentes modifications, le titre de la Loi est devenu *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*. En 1990, la Loi énumérait les motifs de distinction illicites suivants: la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'âge, l'ascendance et le lieu d'origine. Depuis, l'état matrimonial, la source de revenu et la situation familiale ont été ajoutés.

4 Despite repeated calls for its inclusion sexual orientation has never been included in the list of those groups protected from discrimination. In 1984 and again in 1992, the Alberta Human Rights Commission recommended amending the *IRPA* to include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. In an attempt to effect such an amendment, the opposition introduced several bills; however, none went beyond first reading. Although at least one Minister responsible for the administration of the *IRPA* supported the amendment, the correspondence with a number of cabinet members and members of the Legislature makes it clear that the omission of sexual orientation from the *IRPA* was deliberate and not the result of an oversight. The reasons given for declining to take this action include the assertions that sexual orientation is a "marginal" ground; that human rights legislation is powerless to change public attitudes; and that there have only been a few cases of sexual orientation discrimination in employment brought to the attention of the Minister.

Malgré des demandes répétées en ce sens, l'orientation sexuelle n'a jamais figuré au nombre des motifs de distinction illicites. En 1984, et à nouveau en 1992, l'Alberta Human Rights Commission a recommandé de modifier l'*IRPA* pour y ajouter l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. En vue d'obtenir une telle modification, l'opposition a présenté plusieurs projets de loi; cependant, aucun n'a franchi une étape ultérieure à la première lecture. Même si au moins un ministre responsable de l'administration de l'*IRPA* a appuyé la modification, la correspondance avec un certain nombre de membres du Cabinet et de députés établit clairement que l'omission de l'orientation sexuelle était délibérée, et non le résultat d'un oubli. Les raisons invoquées pour ne pas donner suite à la recommandation comprennent les suivantes: l'orientation sexuelle est un motif «marginal», la législation sur les droits de la personne ne peut modifier les mentalités et seulement un petit nombre de cas de discrimination dans l'emploi fondée sur l'orientation sexuelle ont été portés à l'attention du ministre.

5 In 1992, the Human Rights Commission decided to investigate complaints of discrimination on the basis of sexual orientation. This decision was immediately vetoed by the Government and the Minister directed the Commission not to investigate the complaints.

En 1992, la Human Rights Commission a décidé de faire enquête sur les plaintes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le gouvernement s'y est immédiatement opposé, et le ministre a interdit à la commission de mettre son projet à exécution.

In 1993, the Government appointed the Alberta Human Rights Review Panel to conduct a public review of the *IRPA* and the Human Rights Commission. When it had completed an extensive review, the Panel issued its report, entitled *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta* (1994) (the "Dignity Report"). The report contained a number of recommendations, one of which was that sexual orientation should be included as a prohibited ground of discrimination in the Act. In its response to the Dignity Report (*Our Commitment to Human Rights: The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel* (1995)), the Government stated that the recommendation regarding sexual orientation would be dealt with through this case.

B. Vriend's Dismissal From King's College and Complaint to the Alberta Human Rights Commission

In December 1987 the appellant Delwin Vriend was employed as a laboratory coordinator by King's College in Edmonton, Alberta. He was given a permanent, full-time position in 1988. Throughout his term of employment he received positive evaluations, salary increases and promotions for his work performance. On February 20, 1990, in response to an inquiry by the President of the College, Vriend disclosed that he was homosexual. In early January 1991, the Board of Governors of the College adopted a position statement on homosexuality, and shortly thereafter, the President of the College requested Vriend's resignation. He declined to resign, and on January 28, 1991, Vriend's employment was terminated by the College. The sole reason given for his termination was his non-compliance with the policy of the College on homosexual practice. Vriend appealed the termination and applied for reinstatement, but was refused.

On June 11, 1991, Vriend attempted to file a complaint with the Alberta Human Rights Commission on the grounds that his employer discriminated against him because of his sexual orientation. On July 10, 1991, the Commission advised

En 1993, le gouvernement a confié à l'Alberta Human Rights Review Panel le mandat de procéder à un examen public de l'*IRPA* et de la Human Rights Commission. Après un examen approfondi, le comité a présenté son rapport intitulé *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta* (1994) (le «rapport sur la dignité»). Celui-ci renfermait un certain nombre de recommandations, l'une d'entre elles étant l'inclusion dans la Loi de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. Dans sa réponse au rapport sur la dignité (*Our Commitment to Human Rights: The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel* (1995)), le gouvernement a indiqué que le sort de la recommandation relative à l'orientation sexuelle dépendait de l'issue de la présente affaire.

B. Le congédiement de M. Vriend du King's College et la plainte à l'Alberta Human Rights Commission

En décembre 1987, l'appelant Delwin Vriend a été engagé comme coordonnateur de laboratoire au King's College d'Edmonton (Alberta). En 1988, il a obtenu un poste permanent à temps plein. Pendant toute la durée de son emploi, son travail a été évalué favorablement, et son rendement lui a valu des augmentations de salaire et de l'avancement. Le 20 février 1990, en réponse à une demande formulée par le président de l'établissement, M. Vriend a révélé qu'il était homosexuel. Au début de janvier 1991, le conseil des gouverneurs du King's College a adopté un énoncé de principe sur l'homosexualité et, peu après, le président de l'établissement a demandé à M. Vriend de démissionner. Ce dernier refusant de le faire, il a été congédié le 28 janvier 1991. Le seul motif donné pour justifier le congédiement était le non-respect de la politique du King's College en matière d'homosexualité. Monsieur Vriend en a appelé du congédiement et a demandé sa réintégration, ce qui lui a été refusé.

Le 11 juin 1991, M. Vriend a tenté de saisir l'Alberta Human Rights Commission d'une plainte dans laquelle il soutenait que son employeur avait fait preuve de discrimination à son égard en raison de son orientation sexuelle. Le 10 juillet suivant, la

Vriend that he could not make a complaint under the *IRPA*, because the Act did not include sexual orientation as a protected ground.

9 Vriend, the Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton (GALA), the Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society and Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters (collectively the “appellants”) applied by originating notice of motion to the Court of Queen’s Bench of Alberta for declaratory relief. The appellants challenged the constitutionality of ss. 2(1), 3, 4, 7(1) and 8(1) of the *IRPA* on the grounds that these sections contravene s. 15(1) of the *Charter* because they do not include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. The standing of the appellants to bring the application was not challenged. The trial judge found that the omission of protection against discrimination on the basis of sexual orientation was an unjustified violation of s. 15 of the *Charter*. She ordered that the words “sexual orientation” be read into ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* as a prohibited ground of discrimination. The majority of the Court of Appeal of Alberta granted the Government’s appeal. The appellants were granted leave to appeal to this Court and the respondents were granted leave to cross-appeal. An order of the Chief Justice stating constitutional questions was issued on February 10, 1997.

II. Relevant Statutory Provisions

10 Since the time the appellant made his claim in 1992, the relevant statute was amended (*Individual’s Rights Protection Amendment Act, 1996*, S.A. 1996, c. 25). The Act is now known as the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*. In these reasons, however, we refer to the statute, as amended, as the *Individual’s Rights Protection Act* or *IRPA*, since that is how the legislation was most often referred to by the parties on this appeal. For the sake of convenience, the provisions are set out

commission a informé M. Vriend qu’il ne pouvait formuler une plainte en application de l’*IRPA*, l’orientation sexuelle ne figurant pas au nombre des motifs de distinction illicites.

Monsieur Vriend, la Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton (GALA), le Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society et Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters (collectivement appelés les «appelants») ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, par voie d’avis de requête introductive d’instance, de rendre un jugement déclaratoire. Les appelants contestaient la constitutionnalité des par. 2(1), 7(1) et 8(1) ainsi que des art. 3 et 4 de l’*IRPA*, pour le motif que ceux-ci étaient contraires au par. 15(1) de la *Charte* en raison de l’omission de l’orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. La qualité pour agir des appelants n’a pas été contestée. Le juge de première instance a conclu que l’omission de protéger les citoyens contre la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle constituait une violation injustifiée de l’art. 15 de la *Charte*. Elle a ordonné que l’«orientation sexuelle» soit tenue pour un motif de distinction illicite pour l’application des art. 3, 4 et 10 ainsi que des par. 2(1), 7(1) et 8(1) de l’*IRPA*. L’appel du gouvernement a été accueilli par la majorité des juges de la Cour d’appel de l’Alberta. Les appelants ont obtenu l’autorisation d’en appeler devant notre Cour, et les intimés ont été autorisés à interjeter un pourvoi incident. Une ordonnance du juge en chef énonçant les questions constitutionnelles soulevées en l’espèce a été rendue le 10 février 1997.

II. Les dispositions législatives pertinentes

La loi applicable a été modifiée (*Individual’s Rights Protection Amendment Act, 1996*, S.A. 1996, ch. 25) depuis que l’appelant a présenté sa demande en 1992. Aujourd’hui le titre de la loi est *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*. Dans les présents motifs, toutefois, nous employons le titre *Individual’s Rights Protection Act* ou l’abréviation *IRPA* pour la désigner puisque c’est le plus souvent ainsi que les parties y ont fait référence dans le présent pourvoi. Par souci de

below first as they existed at the time the action commenced, and then as they currently stand.

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, am. S.A. 1985, c. 33, S.A. 1990, c. 23

Preamble

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world; and

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin; and

WHEREAS it is fitting that this principle be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those rights of the individual may be protected

2(1) No person shall publish or display before the public or cause to be published or displayed before the public any notice, sign, symbol, emblem or other representation indicating discrimination or an intention to discriminate against any person or class of persons for any purpose because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin of that person or class of persons.

3 No person, directly or indirectly, alone or with another, by himself or by the interposition of another, shall

(a) deny to any person or class of persons any accommodation, services or facilities customarily available to the public, or

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any accommodation, services or facilities customarily available to the public,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry or place

commodité, nous reproduisons les dispositions applicables d'abord dans la version qui était en vigueur à l'époque où l'action a été intentée, puis dans la version actuelle.

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, mod. S.A. 1985, ch. 33, S.A. 1990, ch. 23

[TRADUCTION] Préambule

ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de chacun constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que chacun jouisse de la même dignité et des mêmes droits sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine;

ATTENDU QU'il est opportun que ce principe soit consacré par la législature de l'Alberta au moyen d'un texte législatif garantissant ces droits de la personne . . .

2(1) Nul ne doit publier, faire publier, exposer ni faire exposer un avis, un panneau, un symbole, un emblème ou une autre représentation marquant une discrimination ou l'intention d'exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes, à quelque fin que ce soit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine de cette personne ou de cette catégorie de personnes.

3 Nul ne doit, directement ou indirectement, seul ou avec un tiers, personnellement ou par l'entremise d'un tiers, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'ascendance ou du lieu d'origine d'une personne ou d'une catégorie de personnes:

a) soit refuser à une personne ou à une catégorie de personnes l'hébergement, les services ou les équipements habituellement offerts au public;

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes relativement à l'hébergement, aux services ou aux équipements habituellement offerts au public.

of origin of that person or class of persons or of any other person or class of persons.

4 No person, directly or indirectly, alone or with another, by himself or by the interposition of another, shall

(a) deny to any person or class of persons the right to occupy as a tenant any commercial unit or self-contained dwelling unit that is advertised or otherwise in any way represented as being available for occupancy by a tenant, or

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any term or condition of the tenancy of any commercial unit or self-contained dwelling units,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry or place of origin of that person or class of persons or of any other person or class of persons.

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or

(b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person.

(2) Subsection (1) as it relates to age and marital status does not affect the operation of any bona fide retirement or pension plan or the terms or conditions of any bona fide group or employee insurance plan.

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

8(1) No person shall use or circulate any form of application for employment or publish any advertisement in connection with employment or prospective employment or make any written or oral inquiry of an applicant

4 Nul ne doit, directement ou indirectement, seul ou avec un tiers, personnellement ou par l'entremise d'un tiers, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'ascendance ou du lieu d'origine d'une personne ou d'une catégorie de personnes:

a) soit refuser de louer à une personne ou à une catégorie de personnes un local commercial ou un logement individuel annoncé ou par ailleurs offert en location;

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes relativement aux conditions de location d'un local commercial ou d'un logement individuel.

7(1) Nul employeur ni quiconque agissant pour son compte ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine:

a) soit refuser d'employer une personne ou refuser de continuer de l'employer;

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne en matière d'emploi ou de conditions d'emploi.

(2) En ce qui concerne l'âge et l'état matrimonial, le paragraphe (1) est sans effet sur l'application de tout régime de retraite légitime ou des modalités de tout régime d'assurance collective ou d'employés légitime.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

8(1) Nul ne doit utiliser ou mettre en circulation une formule de demande d'emploi, publier une annonce relative à un poste, existant ou éventuel, ni adresser par écrit ou de vive voix à un candidat une demande de renseignements qui:

(a) that expresses either directly or indirectly any limitation, specification or preference indicating discrimination on the basis of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of any person, or

(b) that requires an applicant to furnish any information concerning race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin.

(2) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

10 No trade union, employers' organization or occupational association shall

(a) exclude any person from membership in it,

(b) expel or suspend any member of it, or

(c) discriminate against any person or member,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or member.

11.1 A contravention of this Act shall be deemed not to have occurred if the person who is alleged to have contravened the Act shows that the alleged contravention was reasonable and justifiable in the circumstances.

16(1) It is the function of the Commission

(a) to forward the principle that every person is equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin,

(b) to promote an understanding of, acceptance of and compliance with this Act,

(c) to research, develop and conduct educational programs designed to eliminate discriminatory practices related to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin, and

a) comporte, directement ou indirectement, une restriction, une condition ou une préférence marquant une discrimination fondée sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'état matrimonial, l'âge, l'ascendance ou le lieu d'origine de qui que ce soit;

b) oblige le candidat à fournir de l'information relative à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'état matrimonial, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

10 Nul syndicat, organisme professionnel et nulle association patronale, ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine d'une personne ou d'un adhérent:

a) exclure une personne de ses rangs;

b) expulser ou suspendre un adhérent;

c) exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'un adhérent.

11.1 La personne à qui l'on reproche d'avoir enfreint la Loi est réputée ne pas y avoir contrevenu si elle établit que les actes reprochés étaient raisonnables et justifiables dans les circonstances.

16(1) La commission a les attributions suivantes:

a) promouvoir le principe selon lequel chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine;

b) favoriser la compréhension, l'acceptation et le respect de la présente Loi;

c) faire de la recherche, ainsi que concevoir et mettre en œuvre des programmes d'éducation en vue de la suppression des pratiques discriminatoires fondées sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'âge, l'ascendance ou le lieu d'origine;

(d) to encourage and co-ordinate both public and private human rights programs and activities.

d) encourager et coordonner la mise en œuvre de programmes et d'activités publiques et privés en matière de droits de la personne;

Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, c. H-11.7

Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, ch. H-11.7

Preamble

[TRANSDUCTION] Préambule

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world;

ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de chacun constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in: dignity, rights and responsibilities without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que tous soient égaux en ce qui concerne la dignité, les droits et les obligations, sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance, au lieu d'origine, à l'état matrimonial, à la source de revenu ou à la situation familiale;

WHEREAS multiculturalism describes the diverse racial and cultural composition of Alberta society and its importance is recognized in Alberta as a fundamental principle and a matter of public policy;

ATTENDU QUE le multiculturalisme reflète la diversité raciale et culturelle de la société albertaine et que son importance est reconnue en Alberta à titre de principe fondamental et de question d'intérêt public;

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all Albertans should share in an awareness and appreciation of the diverse racial and cultural composition of society and that the richness of life in Alberta is enhanced by sharing that diversity;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que tous les Albertains soient sensibilisés à la diversité raciale et culturelle de la société et la valorisent, et que la vie en Alberta est enrichie par l'ouverture à cette diversité;

WHEREAS it is fitting that these principles be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those equality rights and that diversity may be protected

ATTENDU QU'il est opportun que ces principes soient consacrés par la législature de l'Alberta au moyen d'un texte législatif protégeant ces droits à l'égalité et cette diversité

2(1) No person shall publish, issue or display or cause to be published, issued or displayed before the public any statement, publication, notice, sign, symbol, emblem or other representation that

2(1) Nul ne doit publier, exposer ou émettre en public, ni faire publier, exposer ou émettre en public une déclaration, une publication, un avis, un panneau, un symbole, un emblème ou une autre représentation qui

(a) indicates discrimination or an intention to discriminate against a person or a class of persons, or

a) soit dénote une discrimination ou l'intention de faire une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu ou de la situation familiale de cette personne ou de cette catégorie de personnes;

(b) is likely to expose a person or a class of persons to hatred or contempt

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status of that person or class of persons.

3 No person shall

(a) deny to any person or class of persons any goods, services, accommodation or facilities that are customarily available to the public, or

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any goods, services, accommodation or facilities that are customarily available to the public,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status of that person or class of persons or of any other person or class of persons.

4 No person shall

(a) deny to any person or class of persons the right to occupy as a tenant any commercial unit or self-contained dwelling unit that is advertised or otherwise in any way represented as being available for occupancy by a tenant, or

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any term or condition of the tenancy of any commercial unit or self-contained dwelling units,

b) soit est susceptible d'exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine ou au mépris sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu ou de la situation familiale de cette personne ou de cette catégorie de personnes.

3 Nul ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu ou de la situation familiale d'une personne ou d'une catégorie de personnes:

a) soit refuser à cette personne ou à cette catégorie de personnes des biens, des services, l'hébergement ou l'accès à des équipements habituellement offerts au public;

b) soit exercer une discrimination à l'égard de cette personne ou de cette catégorie de personnes relativement à des biens, des services, l'hébergement ou des équipements habituellement offerts au public.

4 Nul ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu ou de la situation familiale d'une personne ou d'une catégorie de personnes:

a) soit refuser de louer à une personne ou à une catégorie de personnes un local commercial ou un logement individuel annoncé ou par ailleurs offert en location;

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes relativement aux conditions de location d'un local commercial ou d'un logement individuel.

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status of that person or class of persons or of any other person or class of persons.

7(1) No employer shall

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or
- (b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry, place of origin, family status or source of income of that person or of any other person.

(2) Subsection (1) as it relates to age and marital status does not affect the operation of any bona fide retirement or pension plan or the terms or conditions of any bona fide group or employee insurance plan.

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

8(1) No person shall use or circulate any form of application for employment or publish any advertisement in connection with employment or prospective employment or make any written or oral inquiry of an applicant

- (a) that expresses either directly or indirectly any limitation, specification or preference indicating discrimination on the basis of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry, place of origin, family status or source of income of any person, or
- (b) that requires an applicant to furnish any information concerning race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry, place of origin, family status or source of income.

7(1) Nul employeur ne doit sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la situation familiale ou de la source de revenu d'une personne ni de quiconque:

- a) soit refuser d'employer ou refuser de continuer d'employer cette personne;
- b) soit exercer une discrimination à l'égard de cette personne en matière d'emploi ou de conditions d'emploi.

(2) En ce qui concerne l'âge et l'état matrimonial, le paragraphe (1) est sans effet sur l'application de tout régime de retraite légitime ou des modalités de tout régime d'assurance collective ou d'employés légitime.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

8(1) Nul ne doit utiliser ou mettre en circulation une formule de demande d'emploi, publier une annonce relative à un poste, existant ou éventuel, ni adresser par écrit ou de vive voix à un candidat une demande de renseignements qui:

- a) soit comporte, directement ou indirectement, une restriction, une condition ou une préférence exprimant une discrimination fondée sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'état matrimonial, l'âge, l'ascendance, le lieu d'origine, la situation familiale ou la source de revenu de qui que ce soit;
- b) soit oblige le candidat à fournir de l'information relative à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'état matrimonial, à l'âge, à l'ascendance, au lieu d'origine, à la situation familiale ou à la source de revenu.

(2) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

10 No trade union, employers' organization or occupational association shall

- (a) exclude any person from membership in it,
- (b) expel or suspend any member of it, or
- (c) discriminate against any person or member,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry, place of origin, family status or source of income of that person or member.

11.1 A contravention of this Act shall be deemed not to have occurred if the person who is alleged to have contravened the Act shows that the alleged contravention was reasonable and justifiable in the circumstances.

16(1) It is the function of the Commission

- (a) to forward the principle that all persons are equal in: dignity, rights and responsibilities without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status,
- (b) to promote awareness and appreciation of and respect for the multicultural heritage of Alberta society,
- (c) to promote an environment in which all Albertans can participate in and contribute to the cultural, social, economic and political life of Alberta,
- (d) to encourage all sectors of Alberta society to provide equality of opportunity,
- (e) to research, develop and conduct educational programs designed to eliminate discriminatory practices related to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status,

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

10 Nul syndicat, organisme professionnel et nulle association patronale, ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la situation familiale ou de la source de revenu d'une personne ou d'un adhérent:

- a) exclure une personne de ses rangs;
- b) expulser ou suspendre un adhérent;
- c) exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'un adhérent.

11.1 La personne à qui l'on reproche d'avoir enfreint la Loi est réputée ne pas y avoir contrevenu si elle établit que les actes reprochés étaient raisonnables et justifiables dans les circonstances.

16(1) La commission a les attributions suivantes:

- a) promouvoir le principe selon lequel tous sont égaux en ce qui concerne la dignité, les droits et les obligations, sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance, au lieu d'origine, à l'état matrimonial, à la source de revenu ou à la situation familiale;
- b) promouvoir la sensibilisation au patrimoine multiculturel de la société albertaine, sa valorisation et son respect;
- c) promouvoir un milieu où tous les Albertains peuvent participer et contribuer à la vie culturelle, sociale, économique et politique de l'Alberta;
- d) inciter tous les secteurs de la société albertaine à offrir l'égalité des chances;
- e) faire de la recherche, ainsi que concevoir et mettre en œuvre des programmes d'éducation en vue de la suppression des pratiques discriminatoires fondées sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'âge, l'ascendance, le lieu d'origine, l'état matrimonial, la source de revenu ou la situation familiale;

(f) to promote an understanding of, acceptance of and compliance with this Act,

(g) to encourage and co-ordinate both public and private human rights programs and activities, and

(h) to advise the Minister on matters related to this Act.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

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.

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

Constitution Act, 1982

52.(1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

III. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1994), 152 A.R. 1

f) promouvoir la compréhension, l'acceptation et le respect de la présente loi;

g) encourager et coordonner la mise en œuvre de programmes et d'activités publics et privés en matière de droits de la personne;

h) conseiller le ministre sur les questions se rapportant à la présente loi.

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

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.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

III. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1994), 152 A.R. 1

The appellants applied to Russell J., as she then was, for an order (1) declaring that ss. 2(1), 3, 4 and 7(1) of the *IRPA* are inconsistent with s. 15(1) of the *Charter* and infringe the appellants' rights, as a result of the absence of sexual orientation from the list of proscribed grounds of discrimination; (2) that Vriend has the right to file a complaint under the *IRPA* alleging discrimination on the grounds of sexual orientation; and (3) that lesbians and gays have the right to the protections of the *IRPA*.

At the outset she found that the appellants had standing to challenge s. 10 as well as the other sections.

Russell J. was satisfied that the discrimination homosexuals suffer "is so notorious that [she could] take judicial notice of it without evidence" (p. 6). She went on to consider whether homosexuals are a discrete and insular minority entitled to protection under s. 15(1) of the *Charter*, and concluded that sexual orientation is properly considered an analogous ground under s. 15(1). This issue has since been resolved by the decision in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, which held that sexual orientation is an analogous ground.

Next, Russell J. considered whether the omission of sexual orientation under the *IRPA* constitutes discrimination under s. 15 of the *Charter*. She noted that it has been established that a discriminatory distinction in a law can arise from either a commission or an omission. The Ontario Court of Appeal in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495, found that, considering the larger social, political and legal context, the omission of sexual orientation in the *Canadian Human Rights Act* constituted discrimination offending s. 15(1) of the *Charter*. Russell J. agreed with this conclusion. She took note of the *obiter* comments of L'Heureux-Dubé J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 436, that the provinces could prohibit discrimination on some

Les appelants ont demandé au juge Russell, maintenant juge à la Cour d'appel, de rendre un jugement déclaratoire portant 1) que les art. 3 et 4 ainsi que les par. 2(1) et 7(1) de l'*IRPA* sont incompatibles avec le par. 15(1) de la *Charte* et violent leurs droits en raison de l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, 2) que M. Vriend a le droit de formuler, en application de l'*IRPA*, une plainte pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et 3) que les homosexuels ont droit à la protection de l'*IRPA*.

Tout d'abord, le juge Russell a conclu que les appelants avaient qualité pour contester la validité de l'art. 10 de même que celle des autres dispositions.

Elle s'est dite convaincue que la discrimination exercée contre les homosexuels [TRADUCTION] «est si notoire qu'il y aurait lieu, pour le tribunal, d'en prendre connaissance d'office, à l'exclusion de tout élément de preuve» (p. 6). Elle a examiné ensuite la question de savoir si les homosexuels constituaient une minorité distincte et isolée ayant droit à la protection prévue au par. 15(1) de la *Charte* et elle a conclu que l'orientation sexuelle est à juste titre considérée comme un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1). Cette question a été depuis lors tranchée dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, où notre Cour a statué que l'orientation sexuelle constitue un motif analogue.

Le juge Russell s'est ensuite demandé si l'omission dans l'*IRPA* de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite constituait une discrimination en application de l'art. 15 de la *Charte*. Elle a rappelé qu'une distinction discriminatoire établie par la loi pouvait résulter soit d'une action, soit d'une omission. Dans l'arrêt *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495, la Cour d'appel de l'Ontario, tenant compte du contexte social, politique et juridique plus général, a conclu que l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* constituait une discrimination contraire au par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Russell a souscrit à cette conclusion. Elle a pris note des remarques incidentes du juge L'Heureux-Dubé

11

12

13

14

grounds but not others without violating the *Charter*. However, in her opinion sexual orientation was related to sex or gender as a prohibited ground and “[w]hile there is no obligation on the Province to legislate to prohibit sexual discrimination, when it does so it must provide even-handed protection in a nondiscriminatory manner, or justify the exclusion” (p. 13).

- 15 Russell J. noted also that discrimination does not depend on a finding of invidious intent, and concluded (at pp. 13-14):

Regardless of whether there was any intent to discriminate, the effect of the decision to deny homosexuals recognition under the legislation is to reinforce negative stereotyping and prejudice thereby perpetuating and implicitly condoning its occurrence. The facts in this case demonstrate that the legislation had a differential impact on the applicant Vriend. When his employment was terminated because of his personal characteristics he was denied a legal remedy available to other similarly disadvantaged groups. That constitutes discrimination contrary to s. 15(1) of the *Charter*.

- 16 Turning to the s. 1 justification test, Russell J. held that since the Crown had failed to present any rationale to show that the violation was justified, it had failed to meet the requirements of s. 1. Even if the Crown were not required to show justification, she would have concluded that the violation was not justifiable. She found that the limitation was inconsistent with the objective and principles embodied in the preamble to the *IRPA*, and therefore, there was no legislative objective of pressing and substantial concern justifying the limitation. Russell J. further held that the denial of remedies provided by the *IRPA* was not rationally connected to the objective of protecting individual rights, and that, since the omission was complete, it did not represent minimal impairment.

dans l’arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 436, selon lesquelles les provinces pouvaient interdire la discrimination fondée sur certains motifs et non sur d’autres, sans violer pour autant la *Charte*. Toutefois, selon elle, l’orientation sexuelle est liée au sexe comme motif de distinction illicite et, [TRADUCTION] «[b]ien qu’elle n’ait pas l’obligation de légiférer pour interdire la discrimination sexuelle, lorsqu’elle le fait, la province doit garantir une protection égale de manière non discriminatoire, ou justifier l’exclusion» (p. 13).

Le juge Russell a fait remarquer par ailleurs qu’il n’était pas nécessaire de conclure à l’existence d’une intention d’exercer une discrimination odieuse pour qu’il y ait discrimination et elle a ajouté (aux pp. 13 et 14):

[TRADUCTION] Peu importe qu’il y ait eu ou non intention d’exercer une discrimination, la décision du législateur de ne pas reconnaître les homosexuels dans la Loi a pour effet de renforcer les stéréotypes et préjugés négatifs et, par conséquent, de les perpétuer et de les tolérer tacitement. Il ressort des faits de cette affaire que la loi a eu un effet particulier sur l’appelant, M. Vriend. Lorsqu’il a été congédié sur la base de ses caractéristiques personnelles, il s’est vu privé du recours légal conféré aux membres d’autres groupes qui sont défavorisés de façon similaire. Il s’agit d’une discrimination portant atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

En ce qui concerne la justification sous le régime de l’article premier, le juge Russell a conclu que le ministère public n’avait pas satisfait aux exigences de cette disposition, n’ayant présenté aucun élément susceptible de justifier la violation. Même si le ministère public n’avait pas été tenu d’établir la justification, elle aurait conclu que la violation n’était pas justifiable. Elle est arrivée à la conclusion que la limitation était incompatible avec l’objectif et les principes énoncés dans le préambule de l’*IRPA*, de sorte qu’aucun objectif législatif se rapportant à une préoccupation urgente et réelle ne la justifiait. Elle a conclu en outre que la négation des recours prévus par l’*IRPA* n’avait aucun lien rationnel avec l’objectif de protéger les droits individuels et que, l’omission étant totale, il ne s’agissait pas d’une atteinte minimale.

Russell J. reviewed the possible remedies under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* that were set out in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, and concluded that the only options in this case were striking down the legislation, with or without a suspension of the declaration of invalidity, or reading in. She decided that in this case, as in *Haig*, reading in was the most appropriate remedy. The omission was precisely defined and could be readily filled by reading in. As well, reading in was preferable because it left the objective of the legislation intact, was less intrusive than striking down, and would not have so great a budgetary impact as to substantially change the legislative scheme. Russell J. therefore ordered that the relevant sections of the Act be “interpreted, applied and administered as though they contained the words ‘sexual orientation’” (p. 19).

B. *Alberta Court of Appeal* (1996), 181 A.R. 16

1. McClung J.A.

McClung J.A. held that the first question to be resolved was whether the *IRPA* is “answerable, as it stands” to the *Charter* (at p. 22). He was of the opinion that the omission of “sexual orientation” from the discrimination provisions of the *IRPA* does not amount to governmental action for the purpose of s. 32(1) of the *Charter*. In his view the provisions of the *Charter* could not force the legislature to enact a provision dealing with a “divisive” issue if it has chosen not to do so. He concluded that the province had not exercised its authority with respect to a matter so as to come within s. 32(1)(b) of the *Charter*.

McClung J.A. criticized the reasons of Russell J. as proceeding from the proposition that human rights legislation must perfectly “mirror” the *Charter*. He noted the existence of some variation among provinces with respect to the prohibited grounds of discrimination included in rights legislation, and stated that provinces must have latitude

Le juge Russell a examiné les mesures correctives possibles en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui ont été énoncées dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, et elle a conclu que les seules solutions qui s’offraient en l’espèce étaient soit l’annulation des dispositions de la Loi, avec ou sans suspension de la déclaration d’invalidité, soit l’interprétation large. Elle a statué que, tout comme dans l’affaire *Haig*, l’interprétation large était la réparation la plus appropriée en l’espèce. L’omission était définie de manière précise et pouvait facilement être corrigée au moyen de l’interprétation large. Au surplus, cette dernière solution était préférable parce qu’elle préservait l’objectif de la Loi, empiétait moins que l’invalidation et n’avait pas de répercussions financières aussi importantes qu’une modification substantielle du texte législatif. Le juge Russell a donc ordonné que les dispositions pertinentes de la Loi soient [TRADUCTION] «interprétées et appliquées comme si les mots “orientation sexuelle” y figuraient» (p. 19).

B. *Cour d’appel de l’Alberta* (1996), 181 A.R. 16

1. Le juge McClung

Le juge McClung a conclu que la première question à trancher était de savoir si l’*IRPA* [TRADUCTION] «dans sa version actuelle, était visée» par la *Charte* (à la p. 22). Il s’est dit d’avis que l’omission de l’«orientation sexuelle» comme motif de distinction illicite n’équivalait pas à une action gouvernementale pour l’application du par. 32(1) de la *Charte*. Selon lui, les dispositions de la *Charte* ne pouvaient obliger la législature à adopter une disposition portant sur une question «controversée» lorsqu’elle avait décidé de ne pas le faire. Il a conclu que la province n’avait pas exercé son pouvoir dans un domaine de façon à être assujettie à l’al. 32(1)(b) de la *Charte*.

Le juge McClung a critiqué les motifs du juge Russell parce qu’ils s’appuient sur la proposition voulant que les dispositions des lois sur les droits de la personne doivent «réfléter» exactement celles de la *Charte*. Il a signalé l’existence de certaines différences entre les provinces pour ce qui concerne les motifs de distinction illicites prévus dans

in implementing their powers under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. To require all legislation to be consistent with the *Charter* would be a “debacle for the autonomy of provincial law-making” (p. 24).

20 Even if the omission by the legislature is subject to *Charter* scrutiny under s. 32(1), McClung J.A. found no violation of s. 15(1). In his opinion the *IRPA* neither drew any distinction between homosexuals and heterosexuals nor resulted in the imposition of burdens, limitations or disadvantages or the denial of benefits or opportunities with respect to homosexuals. He found that any inequality that may exist between homosexuals and heterosexuals exists independently of the *IRPA*; the statute is neutral and “neither confers nor denies benefits to, or withdraws protection from, any Canadian” (p. 29).

21 Although he found no violation of the *Charter*, McClung J.A. considered what the appropriate remedy would have been had there been a violation of the *Charter*. He disagreed with Russell J.’s decision to use the remedy of “reading in” and stated that the preferable response was to declare the Act unconstitutional and invalid, with a stay of the declaration to “permit legislative, not judicial, repair” (p. 29). McClung J.A. suggested that “reading up” constitutes an intrusion of the judiciary into the legislative domain which should be avoided whenever possible. Therefore, he would have, if necessary, declared the Act *ultra vires*, suspending this judgment for a period of one year to allow the legislature to address the defects in the *IRPA*. However, based on his reasons set out earlier he allowed the appeal.

2. O’Leary J.A.

22 O’Leary J.A. agreed with McClung J.A. that the appeal should be allowed but for different reasons. He assumed that the *Charter* applied to the *IRPA*

les lois sur les droits de la personne, et il a dit que les provinces devaient avoir une marge de manœuvre dans l’exercice des pouvoirs que leur confère l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Exiger que toute loi soit compatible avec la *Charte* [TRADUCTION] «sonnerait le glas de l’autonomie législative provinciale» (p. 24).

Même si l’omission du législateur pouvait faire l’objet d’un examen fondé sur la *Charte* en application du par. 32(1), le juge McClung a conclu qu’il n’y avait pas violation du par. 15(1). Selon lui, l’*IRPA* n’établissait pas de distinction entre les homosexuels et les hétérosexuels non plus qu’elle ne créait de fardeaux, de limitations ou d’inconvénients pour les homosexuels ni ne les privait d’avantages ou de possibilités. Il a conclu que toute inégalité pouvant exister entre homosexuels et hétérosexuels existait indépendamment de l’*IRPA* car cette dernière était neutre, et [TRADUCTION] «n’accordait ni ne refusait d’avantage à personne et ne privait aucun Canadien de sa protection» (p. 29).

Bien qu’il ait conclu à l’absence de violation de la *Charte*, le juge McClung s’est demandé quelle aurait été la réparation appropriée s’il y avait eu non-respect de la *Charte*. Il s’est dit en désaccord avec la décision du juge Russell de recourir à l’interprétation large et il a estimé qu’il était préférable de déclarer la Loi inconstitutionnelle et invalide, puis de suspendre la déclaration afin de [TRADUCTION] «permettre au législateur, plutôt qu’aux tribunaux, de corriger la situation» (p. 29). Le juge McClung a laissé entendre que l’interprétation large constituait un empiétement du pouvoir judiciaire sur le domaine législatif qui devait être évité dans la mesure du possible. Par conséquent, il aurait plutôt déclaré la Loi *ultra vires* et aurait suspendu ce jugement pour une période d’un an afin de permettre à la legislature de remédier aux lacunes de l’*IRPA*. Cependant, pour les motifs indiqués précédemment, il a accueilli l’appel.

2. Le juge O’Leary

À l’instar du juge McClung, le juge O’Leary a conclu que l’appel devait être accueilli, mais pour des motifs différents. Il a tenu pour acquis que la

and rested his conclusion on a finding that the *IRPA* does not create a distinction based on sexual orientation. In his opinion, therefore, there was no violation of s. 15(1).

O'Leary J.A. looked at the "initial hurdle" of the s. 15(1) analysis, which is to show that "there are one or more provisions in the legislation which create, expressly or by 'adverse effect', a distinction between individuals which is contrary to s. 15(1)" (p. 40). This state of affairs is to be distinguished from one in which the social circumstances exist independently of the provision. According to O'Leary J.A. the *IRPA*'s silence with respect to sexual orientation means that the Act makes no distinction between individuals on the basis of sexual orientation.

He found that the *IRPA* only distinguishes between "the specified prohibited grounds of discrimination and the various potential grounds (including sexual orientation) which could be included but are not" (p. 42) and that this cannot be called a distinction on the basis of sexual orientation. As a result, O'Leary J.A. would allow the appeal and set aside the declaration made by the trial judge, on the basis that the *IRPA* does not create a distinction that offends s. 15(1).

3. Hunt J.A. (dissenting)

Hunt J.A. partially agreed with the decision of Russell J., finding that ss. 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* violate s. 15(1) and are not saved by s. 1, but she found that reading in was not the appropriate remedy. With respect to the s. 15 violation, she reached the same conclusion as Russell J. but on slightly different reasoning, in part due to the decisions in *Egan, supra*, *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, and *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, which had by then been released.

Charte s'appliquait à l'*IRPA* et il a fondé sa décision sur le fait que, selon lui, la Loi n'établissait pas une distinction fondée sur l'orientation sexuelle. À son avis, il n'y avait donc aucune violation du par. 15(1).

Le juge O'Leary s'est penché sur l'«obstacle initial» de l'analyse fondée sur le par. 15(1) qui consiste à établir qu' [TRADUCTION] «une ou plusieurs dispositions de la loi créent entre des personnes, expressément ou en raison d'un "effet préjudiciable", une distinction qui est contraire au par. 15(1)» (p. 40). Il y a lieu de ne pas confondre avec une situation sociale dont l'existence n'a rien à voir avec l'adoption d'une disposition. Selon le juge O'Leary, en raison du silence de la l'*IRPA* au sujet de l'orientation sexuelle, aucune distinction n'était établie entre des personnes sur le fondement de l'orientation sexuelle.

Il a conclu que l'*IRPA* ne créait une distinction qu'entre [TRADUCTION] «les motifs de distinction illicites qu'elle prévoyait et les divers motifs qui auraient pu être interdits, mais ne l'étaient pas (dont l'orientation sexuelle)» (p. 42), et qu'il ne pouvait donc s'agir d'une distinction fondée sur l'orientation sexuelle. Par conséquent, le juge O'Leary était d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler le jugement déclaratoire rendu par le juge de première instance, pour le motif que l'*IRPA* n'établissait aucune distinction contraire au par. 15(1).

3. Le juge Hunt (dissidente)

Le juge Hunt était en partie d'accord avec la décision du juge Russell, et elle a conclu que les par. 7(1) et 8(1) ainsi que l'art. 10 de l'*IRPA* violaient le par. 15(1) et n'étaient pas sauvegardés par l'article premier. Elle a estimé toutefois que l'interprétation large ne constituait pas la réparation appropriée. En ce qui concerne la violation de l'art. 15, elle est arrivée à la même conclusion que le juge Russell, mais à l'issue d'un raisonnement légèrement différent, en partie en raison des arrêts *Egan*, précité, *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, qui avaient alors été rendus.

23

24

25

26 At the outset, Hunt J.A. dismissed the argument that s. 15(1) was not applicable in this case because it concerned private activity. It is an Act of the legislature which is being attacked in this case, not private activity, and provincial legislation is clearly subject to the *Charter*.

27 Hunt J.A. disagreed with Russell J.'s characterization of discrimination on the basis of sexual orientation as being "directly associated" with discrimination on the basis of gender and her analogy between this case and the cases of *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xii, and *McKinney*, *supra*, where protection was offered from discrimination on the basis of gender and age but only in a limited way.

28 She went on to examine the context and purpose of the law as well as its impact upon those to whom it applies and those whom it excludes. She found that the *IRPA* is a law that is dedicated to achieving equal treatment for all citizens of Alberta. The context is one of existing discrimination against a group which has suffered from historical disadvantage. Hunt J.A. concluded (at p. 58) that "[g]iven these considerations and the context here, it is my opinion that the failure to extend protection to homosexuals under the *IRPA* can be seen as a form of government action that is tantamount to approving ongoing discrimination against homosexuals. Thus, in this case, legislative silence results in the drawing of a distinction".

29 Therefore, Hunt J.A. would have concluded that there was a distinction drawn sufficient to find a potential violation of s. 15(1). In her opinion it was then "easy to conclude" (p. 59) that this distinction resulted in homosexuals as a group being denied equal benefit and protection of the law, since they are denied access to the *IRPA*'s protection and enforcement process.

D'entrée de jeu, le juge Hunt a écarté l'argument voulant que le par. 15(1) ne s'applique pas en l'espèce parce qu'il était question d'une activité privée. C'était une loi de la législature et non une activité privée qui était contestée dans la présente affaire et la législation provinciale était clairement assujettie à la *Charte*.

Le juge Hunt n'est pas d'accord avec le juge Russell pour dire que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est «directement liée» à la discrimination fondée sur le sexe et qu'une analogie devait être faite entre la présente espèce et les arrêts *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii, et *McKinney*, précité, où une protection était offerte contre la discrimination fondée sur le sexe et l'âge, mais seulement de façon limitée.

Elle a examiné ensuite le contexte et l'objet de l'*IRPA*, de même que son incidence sur les personnes auxquelles elle s'applique et sur celles qui sont exclues de son champ d'application. Elle a conclu que la Loi visait à assurer à tous les citoyens de l'Alberta un traitement égal et que le contexte était celui de l'existence d'une discrimination contre un groupe qui avait de tout temps été défavorisé. Le juge Hunt est arrivée à la conclusion suivante (à la p. 58): [TRADUCTION] «compte tenu de ces éléments et du contexte en l'espèce, je suis d'avis que le fait de ne pas accorder la protection de l'*IRPA* aux homosexuels peut être considéré comme une forme d'action gouvernementale qui équivaut à approuver qu'une discrimination continue d'être exercée contre les homosexuels. Ainsi, en l'espèce, le silence de la loi établit une distinction».

Le juge Hunt aurait donc statué que la distinction établie était suffisante pour conclure à la violation potentielle du par. 15(1). Selon elle, il était dès lors [TRADUCTION] «facile de conclure» (p. 59) que cette distinction niait aux homosexuels, en tant que groupe, le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, étant donné qu'ils ne pouvaient pas invoquer la protection de l'*IRPA* ni recourir au mécanisme prévu pour la faire respecter.

The next question was whether this distinction results in discrimination. Hunt J.A. found that according to any of the approaches set out in *Egan*, discrimination could be found in this case. The denial of the equal protection and benefit of the law here is purely on the basis of sexual orientation, not merit or need, and reinforces the stereotype that homosexuals are less deserving of protection and therefore less worthy of value as human beings. Even taking into account the relevance of the distinction to the goals of the legislation, it is “impossible to see how a statute based upon notions of the inherent dignity of all can have as a relevant legislative goal the unequal treatment of some members of society” on the grounds of their membership in a group (at p. 60). This is a case in which the functional values underlying the omission are themselves discriminatory.

Turning to s. 1 of the *Charter*, Hunt J.A. noted that the Crown had not presented any evidence concerning justification under s. 1. Hunt J.A. found the material in the Crown’s factum inadequate to conduct a s. 1 analysis and thought that the paucity of the Crown’s case on this matter would, of itself, support the conclusion of the trial judge that s. 1 justification had not been established. In any case, the omission could not satisfy the *Oakes* test for justification.

Although she found an unjustifiable violation of s. 15(1), Hunt J.A. disagreed with the trial judge’s choice of remedy. Hunt J.A. was of the opinion that the remedy should be limited to the situation presented in this case and the provisions most closely related to it, i.e. discrimination in employment (s. 7), employment notices (s. 8) and union membership (s. 10), respectively.

La question qui se posait ensuite était de savoir si cette distinction engendrait une discrimination. Selon le juge Hunt, l’application de l’une ou l’autre des méthodes énoncées dans l’arrêt *Egan* permettait de conclure à l’existence d’une discrimination en l’espèce. La négation du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi était, dans la présente affaire, purement fondée sur l’orientation sexuelle, et non sur les mérites ou les besoins, et elle renforçait le stéréotype voulant que les homosexuels méritent moins d’être protégés et soient moins dignes d’être valorisés en tant qu’êtres humains. Même en analysant la pertinence de la distinction en fonction des objectifs de la loi, il est [TRADUCTION] «impossible de voir comment une loi fondée sur la notion de la dignité inhérente de chacun peut avoir, comme objectif législatif pertinent, le traitement inégal de certains membres de la société» en raison de leur appartenance à un groupe (à la p. 60). Il s’agit en l’espèce d’un cas où les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent l’omission sont elles-mêmes discriminatoires.

Relativement à l’article premier de la *Charte*, le juge Hunt a fait observer que le ministère public n’avait présenté aucune preuve pour justifier l’omission conformément à cette disposition. Elle a conclu que les éléments compris dans le mémoire du ministère public ne permettaient pas de procéder à une analyse fondée sur l’article premier et elle a estimé que le caractère ténu de la preuve du ministère public à cet égard appuyait en soi la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n’a pas été établi que les dispositions incriminées sont justifiées conformément à l’article premier. De toute façon, l’omission ne pouvait satisfaire au critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* en matière de justification.

Bien qu’elle ait estimé injustifiable la violation du par. 15(1), le juge Hunt n’était pas d’accord avec la réparation accordée par le juge de première instance. Elle privilégiait plutôt une réparation ne s’appliquant qu’à la situation considérée en l’espèce et aux dispositions les plus directement visées, soit la discrimination liée à l’emploi (art. 7), les avis en matière d’emploi (art. 8) et l’activité syndicale (art. 10), respectivement.

33 While there were some arguments here in favour of reading in, Hunt J.A. was concerned whether reading in could be accomplished with sufficient precision, and about the possible impact of reading in on s. 7(2) of the *IRPA*, which concerns retirement, pension and insurance plans.

34 Hunt J.A. therefore concluded that the preferable remedy was to declare invalid ss. 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* to the extent of their inconsistency with the *Charter*. Since an immediate declaration of invalidity would remove protection from everyone, contrary to the *Charter's* objectives, she would have suspended the declaration of invalidity for a period of one year to allow the Legislature time to bring the *IRPA* into line with the *Charter*.

C. Alberta Court of Appeal Supplementary Reasons Regarding Costs (1996), 184 A.R. 351

35 O'Leary J.A. (McClung J.A. concurring) held that the circumstances in this case did not justify deviating from the customary rule of awarding costs to the successful party. O'Leary J.A. acknowledged that the court had discretion in awarding costs and that the public interest character of litigation could be used as an argument for depriving the successful litigant of costs. He noted, however, that such arguments had been rejected in some cases.

36 He therefore awarded the costs of the appeal on a party-and-party basis to the Crown, to include all reasonable disbursements except travelling and accommodation expenses, and including a fee in respect of its written submission on the issue of costs and a second counsel fee.

37 Hunt J.A. dissented. She noted that the decision of the Court of Appeal had involved a 2-1 split with three separate reasons for judgment, and that an important and novel point of law was at issue. She also noted several cases in which the courts

Malgré l'existence de certains éléments militant en faveur du recours à l'interprétation large, le juge Hunt s'est demandé si cette technique permettait une précision suffisante et quelle serait l'incidence possible de l'interprétation large sur le par. 7(2) de l'*IRPA*, qui porte sur les régimes de retraite, de pension et d'assurance.

Le juge Hunt est donc arrivée à la conclusion qu'il était préférable de déclarer invalides les par. 7(1) et 8(1) ainsi que l'art. 10 de l'*IRPA* dans la mesure où ils sont incompatibles avec la *Charte*. Comme une déclaration d'invalidité d'application immédiate priverait tous les citoyens de protection, contrairement aux objectifs de la *Charte*, elle aurait suspendu l'application de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an afin de permettre à la législature d'harmoniser la Loi avec la *Charte*.

C. Motifs supplémentaires de la Cour d'appel de l'Alberta concernant les dépens (1996), 184 A.R. 351

Le juge O'Leary (avec l'appui du juge McClung) a statué que les circonstances de l'espèce ne justifiaient pas une entorse à la règle habituelle consistant à adjuger les dépens à la partie qui a gain de cause. Il a reconnu que la Cour d'appel avait un pouvoir discrétionnaire en la matière et que le caractère d'intérêt public de l'affaire pouvait être invoqué pour ne pas accorder les dépens à la partie qui a gain de cause. Il a fait cependant remarquer que cette avenue avait été écartée dans certaines affaires.

Il a donc adjugé au ministère public les dépens de l'appel sur la base des frais entre parties, ce qui inclut tous les débours raisonnables, sauf les frais de déplacement et d'hébergement, ainsi que les honoraires pour la présentation d'observations écrites sur la question des dépens et celle des honoraires d'un deuxième avocat.

Le juge Hunt, dissidente, a fait observer que la décision de la Cour d'appel était partagée à deux contre un, que les trois juges avaient rédigé des motifs distincts et qu'une question de droit à la fois importante et nouvelle était en cause. Elle a égale-

have made no costs award, including *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, and *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236.

Hunt J.A. agreed that governments should not be assumed to have limitless resources, and that relative resources of the parties is not the critical factor. She also noted, however, that there is no program in Alberta to subsidize the pursuit of important *Charter* litigation, as there is at the federal level. This case was not only novel but was also one that could “truly be described as a test case”, where the impact of the rule on the parties is of secondary importance to the settlement of the rule itself (at p. 358). Hunt J.A. was of the opinion that there was a “heavy public interest component” to the legal question (at p. 358).

As a result of all of these factors, Hunt J.A. concluded that she would have awarded costs against the respondents (appellants in the Court of Appeal), notwithstanding their success on the appeal. However since the appellants (respondents in the Court of Appeal) in this case merely sought a no costs order that is the order she would have made.

IV. Issues

The constitutional questions which have been stated by this Court are:

1. Do (a) decisions not to include sexual orientation or (b) the non-inclusion of sexual orientation, as a prohibited ground of discrimination in the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, as am., now called the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, c. H-11.7,

ment relevé plusieurs affaires où aucuns dépens n'ont été adjugés, dont *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, et *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

Le juge Hunt a convenu que les ressources de l'État ne devaient pas être tenues pour illimitées et que les ressources relatives des parties ne constituaient pas le facteur déterminant. Elle a fait aussi valoir que, contrairement au niveau fédéral, l'Alberta n'était pas dotée d'un programme d'appui financier aux personnes qui saisissent les tribunaux de questions importantes liées à l'application de la *Charte*. Il s'agissait en l'espèce non seulement d'une affaire sans précédent, mais également d'une affaire qui pouvait [TRADUCTION] «véritablement être qualifiée de cause type», c'est-à-dire que l'établissement de la règle elle-même avait plus d'importance que son incidence sur les parties (à la p. 358). Selon le juge Hunt, la question juridique soulevée comportait un [TRADUCTION] «important volet d'intérêt public» (à la p. 358).

Étant donné tous ces facteurs, le juge Hunt a conclu qu'il conviendrait de condamner les intimés (les appelants en cour d'appel) aux dépens, même s'ils avaient eu gain de cause en appel. Cependant, les appelants (intimés en cour d'appel) en l'espèce n'ayant demandé qu'une ordonnance sans frais, telle est l'ordonnance qu'elle aurait rendue.

IV. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles énoncées par notre Cour sont les suivantes:

1. Est-ce que a) soit la décision de ne pas inclure l'orientation sexuelle, b) soit la non-inclusion de l'orientation sexuelle, en tant que motif de discrimination illicite dans le préambule et dans les art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 et 16(1) de l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, et ses modifications, intitulée maintenant *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, ch. H-11.7, a pour effet de nier les droits garantis par

38

39

40

infringe or deny the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to Question 1 is “yes”, is the infringement or denial demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

41 The parties have also raised issues with respect to standing, the application of the *Charter* and the appropriate remedy.

V. Analysis

A. *Standing*

42 The appellants seek to challenge the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA*. The respondents on this appeal submitted that the appellants should have standing to challenge only the sections of the *IRPA* relating to employment, namely ss. 7(1), 8(1) and 10, since the factual background of the case involves discrimination in employment. The Attorney General of Canada goes even further by arguing that the only provision at issue in this case is s. 7(1), which specifically addresses discrimination in employment practices.

43 The originating notice of motion filed by the appellants in the Court of Queen’s Bench referred to ss. 2(1), 3, 4 and 7(1) of the *IRPA*. At trial, they were allowed to amend their application to include s. 10, which had been omitted as the result of an oversight. In making this decision, Russell J. applied the test for public interest standing from *Canadian Council of Churches, supra*, and concluded that the appellants had standing to challenge s. 10 as well. The way in which she articulated this conclusion implies that the appellants also had standing to challenge the other sections of the Act referred to in the originating notice. There is no reason to disagree with this assessment.

le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou d’y porter atteinte?

2. Si la réponse à la question 1 est «oui», est-ce que la négation ou l’atteinte peut être justifiée en tant que limite raisonnable au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les parties ont également soulevé certaines questions relativement à la qualité pour agir, à l’application de la *Charte* et à la réparation appropriée.

V. L’analyse

A. *La qualité pour agir*

Les appelants contestent la validité du préambule ainsi que celle des art. 3, 4 et 10 ainsi que des par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1) de l’*IRPA*. Les intimés dans le cadre du présent pourvoi font valoir que les appelants ne devraient avoir qualité pour agir qu’à l’égard des dispositions de l’*IRPA* qui se rapportent à l’emploi, savoir les par. 7(1) et 8(1) ainsi que l’art. 10, étant donné que les faits de l’affaire concernent la discrimination dans l’emploi. Le procureur général du Canada va même plus loin en soutenant que la seule disposition pertinente en l’espèce est le par. 7(1), qui vise expressément la discrimination dans les pratiques en matière d’emploi.

L’avis de requête introductive d’instance produit par les appelants au greffe de la Cour du Banc de la Reine renvoie aux art. 3 et 4 ainsi qu’aux par. 2(1) et 7(1) de l’*IRPA*. Pendant l’instruction, les appelants ont été autorisés à modifier leur demande afin d’y ajouter l’art. 10 qui avait été omis par inadvertance. Pour rendre cette décision, le juge Russell a appliqué le critère établi dans l’arrêt *Conseil canadien des Églises*, précité, pour déterminer s’il y avait lieu de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public, et elle a conclu que les appelants avaient aussi qualité pour contester l’art. 10. La formulation de cette conclusion donne à penser que les appelants avaient également qualité pour contester les autres dispositions de la Loi mentionnées dans l’avis de requête introductive d’instance. Aucun motif ne justifie une remise en question de cette évaluation.

In *Canadian Council of Churches* (at p. 253), it was stated that three aspects should be considered:

First, is there a serious issue raised as to the invalidity of legislation in question? Second, has it been established that the plaintiff is directly affected by the legislation or if not does the plaintiff have a genuine interest in its validity? Third, is there another reasonable and effective way to bring the issue before the court?

It is my opinion that these criteria are met with respect to all of the provisions named by the appellants (the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1)).

A serious issue as to constitutional validity is raised with respect to all of these provisions. The issue is substantially the same for all of the provisions from which sexual orientation is excluded as a prohibited ground of discrimination. There is nothing in particular about s. 7(1) or ss. 7(1), 8(1) and 10 that makes their validity any more questionable than the other provisions dealing with discrimination. The respondents argue that there is no serious issue as to the constitutional validity of the preamble and s. 16 (which sets out the functions of the Human Rights Commission), because those provisions do not confer any specific benefit or protection. Although neither of these two provisions directly confers a benefit or protection, arguably they do so indirectly. An omission from those provisions could well have at least some of the same effects as the omission of these rights from the other sections and therefore raises a serious issue of constitutional validity.

Further Vriend and the other appellants have a genuine and valid interest in all of the provisions they seek to challenge. Both Vriend as an individual and the appellant organizations have a direct interest in the exclusion of sexual orientation from all forms of discrimination. What is at issue here is the exclusion of sexual orientation as a protected ground from the *IRPA* and its procedures for the protection of human rights. This is not a case about employment discrimination as distinct from any other form of discrimination that occurs within the

Dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises* (à la p. 253), notre Cour a dit que trois aspects devaient être considérés:

Premièrement, la question de l'invalidité de la loi en question se pose-t-elle sérieusement? Deuxièmement, a-t-on démontré que le demandeur est directement touché par la loi ou qu'il a un intérêt véritable quant à sa validité? Troisièmement, y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

Je suis d'avis que ces critères sont respectés pour chacune des dispositions énumérées par les appelants (le préambule, les art. 3, 4 et 10, ainsi que les par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1)).

Une question sérieuse est soulevée quant à la validité constitutionnelle de chacune de ces dispositions. La question se pose substantiellement de la même façon pour toutes les dispositions où l'orientation sexuelle est exclue des motifs de distinction illicites. La validité constitutionnelle du par. 7(1) ou des par. 7(1) et 8(1), ainsi que de l'art. 10, n'est pas davantage contestable que celle des autres dispositions relatives à la discrimination. Les intimés prétendent qu'aucune question sérieuse n'est soulevée quant à la validité constitutionnelle du préambule et de l'art. 16 (qui énonce les attributions de la Human Rights Commission), car ceux-ci ne confèrent aucune protection ni aucun avantage précis. Certes, ces dispositions ne confèrent pas directement un avantage ou une protection, mais on peut soutenir qu'elles le font de façon indirecte. Une omission dans ces dispositions pourrait bien avoir à tout le moins certains des effets d'une omission dans les autres dispositions, de sorte qu'elle soulève une question sérieuse sur le plan de la validité constitutionnelle.

En outre, M. Vriend et les autres appelants ont un intérêt véritable et valable à l'égard de l'ensemble des dispositions qu'ils cherchent à contester. Monsieur Vriend, en tant que particulier, et les organisations appelantes ont un intérêt direct à l'égard de l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'ensemble des formes de discrimination. La question en litige en l'occurrence est l'exclusion de l'orientation sexuelle comme motif ouvrant droit à la protection de la Loi et aux recours que celle-ci prévoit pour la protection des droits de la per-

private sphere and is covered by provincial human rights legislation. Insofar as the particular situation and factual background of the appellant Vriend is relevant to establishing the issues on appeal, it is the denial of access to the complaint procedures of the Alberta Human Rights Commission that is the essential element of this case and not his dismissal from King's College. The particular issues relating to his loss of employment would be for the Human Rights Commission to resolve and do not form part of this appeal. It must also be remembered that Vriend is only one of four appellants. The other three are organizations which are generally concerned with the rights of gays and lesbians and their protection from discrimination in all areas of their lives. There is nothing to restrict their involvement in this appeal to matters of employment.

47 With respect to the third criterion, the only other way the issue could be brought before the Court with respect to the other sections would be to wait until someone is discriminated against on the ground of sexual orientation in housing, goods and services, etc. and challenge the validity of the provision in each appropriate case. This would not only be wasteful of judicial resources, but also unfair in that it would impose burdens of delay, cost and personal vulnerability to discrimination for the individuals involved in those eventual cases. This cannot be a satisfactory result.

48 As well it is important to recall that all of the provisions are very similar and do not depend on any particular factual context in order to resolve their constitutional status. The fact that homosexuals have suffered discrimination in all aspects of their lives was accepted in *Egan, supra*. It follows that there is really no need to adduce additional evidence regarding the provisions concerned with discrimination in areas other than employment.

sonne. Il ne s'agit pas d'un cas de discrimination dans l'emploi par opposition aux autres formes de discrimination exercées dans le secteur privé et visées par les dispositions législatives provinciales sur les droits de la personne. Dans la mesure où la situation particulière de l'appelant M. Vriend et les faits de l'espèce sont pertinents pour établir quelles sont les questions soulevées par le pourvoi, c'est le nonaccès à la procédure relative aux plaintes présentées à l'Alberta Human Rights Commission qui est l'élément essentiel de la présente affaire, et non le congédiement de l'appelant par le King's College. Il appartient à la Human Rights Commission d'examiner les questions relatives au congédiement, lesquelles sont étrangères au présent pourvoi. Il convient aussi de rappeler que M. Vriend n'est que l'un des quatre appelants. Les trois autres sont des organisations qui s'intéressent généralement aux droits des homosexuels et à leur protection contre la discrimination dans tous les domaines. Rien ne limite leur participation au présent pourvoi aux questions liées à l'emploi.

Pour ce qui concerne le troisième critère, la seule autre façon dont notre Cour pourrait être saisie de la question relativement aux autres dispositions serait d'attendre qu'une personne soit victime de discrimination fondée sur son orientation sexuelle en matière d'habitation, de consommation et de services, etc. et qu'elle conteste la validité de la disposition pertinente. Ce serait non seulement peu rentable sur le plan des ressources judiciaires, mais également injuste pour les personnes en cause, parce qu'elles auraient à surmonter les obstacles que sont les délais, les frais et la vulnérabilité personnelle face à la discrimination. Ce résultat ne saurait donner satisfaction.

Aussi, il importe de rappeler que toutes les dispositions se ressemblent beaucoup et que leur constitutionnalité ne dépend pas d'un contexte factuel particulier. Le fait que les homosexuels ont été victimes de discrimination dans tous les aspects de leur vie est reconnu dans l'arrêt *Egan*, précité. Il n'est donc vraiment pas nécessaire de produire des éléments de preuve supplémentaires quant aux dispositions relatives à la discrimination dans les autres domaines que l'emploi.

Therefore, the appellants have standing to challenge the validity of all of the provisions named in the constitutional questions, namely the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA*.

B. *Application of the Charter*

1. Application of the Charter to a Legislative Omission

Does s. 32 of the *Charter* prohibit consideration of a s. 15 violation when that issue arises from a legislative omission?

The respondents (appellants on the cross-appeal) argue on their cross-appeal that because this case concerns a legislative omission, s. 15 of the *Charter* should not apply pursuant to s. 32. This submission cannot be accepted.

This issue is resolved simply by determining whether the subject of the challenge in this case is one to which the *Charter* applies pursuant to s. 32. Questions relating to the nature of the legislature's decision, its effect, and whether it is neutral, are relevant instead to the s. 15 analysis. The threshold test demands only that there is some "matter within the authority of the legislature" which is the proper subject of a *Charter* analysis. At this preliminary stage no judgment should be made as to the nature or validity of this "matter" or subject. Undue emphasis should not be placed on the threshold test since this could result in effectively and unnecessarily removing significant matters from a full *Charter* analysis.

Further confusion results when arguments concerning the respective roles of the legislature and the judiciary are introduced into the s. 32 analysis. These arguments put forward the position that courts must defer to a decision of the legislature not to enact a particular provision, and that the scope of *Charter* review should be restricted so that such decisions will be unchallenged. I cannot accept this position. Apart from the very problematic distinction it draws between legislative action

En conséquence, les appelants ont qualité pour contester la validité de toutes les dispositions mentionnées dans les questions constitutionnelles, soit le préambule, les art. 3, 4 et 10 ainsi que les par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1) de l'*IRPA*.

B. *L'application de la Charte*

1. Application de la Charte à l'omission du législateur

L'article 32 de la *Charte* soustrait-il l'omission du législateur à l'application de l'art. 15?

Les intimés (les appelants dans le cadre du pourvoi incident) font valoir que, parce qu'il s'agit de l'espèce d'une omission du législateur, l'art. 15 de la *Charte* ne devrait pas s'appliquer en vertu de l'art. 32. Cette prétention ne saurait être acceptée.

Cette question est donc tranchée simplement en déterminant si l'objet de la contestation en l'espèce en est un auquel la *Charte* s'applique en vertu de l'art. 32. Les questions relatives à la nature de la décision prise par le législateur, à l'effet de cette décision et à son caractère neutre concernent plutôt l'analyse fondée sur l'art. 15. Le critère préliminaire exige seulement qu'il s'agisse d'un «domaine relevant de [la] législature» lequel est le véritable sujet de l'analyse fondée sur la *Charte*. À ce stade initial, aucune conclusion ne doit être tirée concernant la nature ou la validité de ce «domaine» ou de ce sujet. Il ne faut pas accorder une trop grande importance à l'application du critère préliminaire, car cela pourrait bien soustraire inutilement des domaines importants à une véritable analyse fondée sur la *Charte*.

Une confusion supplémentaire résulte des arguments avancés relativement aux rôles respectifs du législateur et des tribunaux dans le cadre de l'analyse afférente à l'art. 32. Selon ces arguments, les tribunaux doivent respecter la décision du législateur de ne pas adopter une disposition en particulier, et la portée de l'examen fondé sur la *Charte* devrait être limitée de façon qu'une telle décision ne puisse être contestée. Je ne peux accepter cette thèse. Outre la distinction très problématique faite

49

50

51

52

53

and inaction, this argument seeks to substantially alter the nature of considerations of legislative deference in *Charter* analysis. The deference very properly due to the choices made by the legislature will be taken into account in deciding whether a limit is justified under s. 1 and again in determining the appropriate remedy for a *Charter* breach. My colleague Iacobucci J. deals with these considerations at greater length more fully in his reasons.

54

The notion of judicial deference to legislative choices should not, however, be used to completely immunize certain kinds of legislative decisions from *Charter* scrutiny. McClung J.A. in the Alberta Court of Appeal criticized the application of the *Charter* to a legislative omission as an encroachment by the courts on legislative autonomy. He objected to what he saw as judges dictating provincial legislation under the pretext of constitutional scrutiny. In his view, a choice by the legislature not to legislate with respect to a particular matter within its jurisdiction, especially a controversial one, should not be open to review by the judiciary: "When they choose silence provincial legislatures need not march to the *Charter* drum. In a constitutional sense they need not march at all. . . . The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not adopted by the provinces to promote the federal extraction of subsidiary legislation from them but only to police it once it is proclaimed — if it is proclaimed" (pp. 25 and 28).

55

There are several answers to this position. The first is that in this case, the constitutional challenge concerns the *IRPA*, legislation that has been proclaimed. The fact that it is the underinclusiveness of the Act which is at issue does not alter the fact that it is the legislative act which is the subject of *Charter* scrutiny in this case. Furthermore, the language of s. 32 does not limit the application of the *Charter* merely to positive actions encroaching on rights or the excessive exercise of authority, as

entre l'action et l'inaction du législateur, cet argument vise à modifier substantiellement la nature des considérations relatives au respect dû au législateur dans le cadre d'une analyse fondée sur la *Charte*. La retenue exercée à juste titre à l'égard des choix du législateur sera prise en compte d'abord pour décider si une limite est justifiée conformément à l'article premier et à nouveau pour déterminer la réparation qu'il convient d'accorder pour remédier à une violation de la *Charte*. Mon collègue le juge Iacobucci approfondit ces questions dans ses motifs.

La notion de retenue judiciaire envers les choix du législateur ne devrait cependant pas servir à soustraire certains types de décisions d'ordre législatif à tout examen fondé sur la *Charte*. Le juge McClung de la Cour d'appel de l'Alberta a critiqué l'application de la *Charte* à l'omission du législateur, qu'il voit comme un empiétement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif. Il s'est dit opposé à ce que les juges dictent les lois provinciales sous prétexte d'examen constitutionnel. À son avis, la décision du législateur de ne pas légiférer dans un domaine qui relève de sa compétence, spécialement un domaine controversé, devrait échapper à tout examen judiciaire: [TRADUCTION] «La législature provinciale qui opte pour le silence n'a pas à suivre la ligne tracée par la *Charte*. Sur le plan constitutionnel, elle n'a pas à suivre du tout.[. . .] Les provinces n'ont pas souscrit à la *Charte canadienne des droits et libertés* pour autoriser le gouvernement fédéral à établir des lois en leur lieu et place, mais seulement pour assujettir celles-ci à certaines exigences une fois qu'elles sont promulguées — si toutefois elles le sont» (pp. 25 et 28).

Plusieurs éléments peuvent être avancés pour réfuter cette proposition. Premièrement, la contestation constitutionnelle vise en l'espèce une loi dûment promulguée. Que la portée trop limitative de l'*IRPA* soit en cause ne change rien au fait qu'en l'occurrence, l'examen fondé sur la *Charte* porte sur l'acte législatif. En outre, le libellé de l'art. 32 n'a pas pour effet de limiter l'application de la *Charte* aux actions positives qui empiètent sur des droits ou à l'exercice abusif d'un pouvoir,

McClung J.A. seems to suggest. These issues will be dealt with shortly. Yet at this point it must be observed that McClung J.A.'s reasons also imply a more fundamental challenge to the role of the courts under the *Charter*, which must also be answered. This issue is addressed in the reasons of my colleague Iacobucci J. below, and that discussion need not be repeated here. However, at the present stage of the analysis it may be useful to clarify the role of the judiciary in responding to a legislative omission which is challenged under the *Charter*.

It is suggested that this appeal represents a contest between the power of the democratically elected legislatures to pass the laws they see fit, and the power of the courts to disallow those laws, or to dictate that certain matters be included in those laws. To put the issue in this way is misleading and erroneous. Quite simply, it is not the courts which limit the legislatures. Rather, it is the Constitution, which must be interpreted by the courts, that limits the legislatures. This is necessarily true of all constitutional democracies. Citizens must have the right to challenge laws which they consider to be beyond the powers of the legislatures. When such a challenge is properly made, the courts must, pursuant to their constitutional duty, rule on the challenge. It is said, however, that this case is different because the challenge centres on the legislature's failure to extend the protection of a law to a particular group of people. This position assumes that it is only a positive act rather than an omission which may be scrutinized under the *Charter*. In my view, for the reasons that will follow, there is no legal basis for drawing such a distinction. In this as in other cases, the courts have a duty to determine whether the challenge is justified. It is not a question, as McClung J.A. suggested, of the courts imposing their view of "ideal" legislation, but rather of determining whether the challenged legislative act or omission is constitutional or not.

comme le juge McClung semble le laisser entendre. Je reviendrai sur ces questions un peu plus loin. Je tiens à signaler à ce stade-ci que les motifs du juge McClung impliquent également une remise en question plus fondamentale du rôle des tribunaux sous le régime de la *Charte*, à laquelle il faut réagir. Mon collègue le juge Iacobucci se penche sur la question dans ses motifs, et il n'y a pas lieu de reprendre ici l'analyse qu'il en fait. Toutefois, il peut être utile, à ce moment-ci, de clarifier le rôle des tribunaux appelés à se prononcer sur une omission du législateur contestée sur le fondement de la *Charte*.

On prétend que le présent pourvoi constitue un affrontement entre le pouvoir des législatures démocratiquement élues d'adopter les lois qu'elles jugent appropriées et celui des tribunaux d'invalider ces lois ou de prescrire l'intégration de certains éléments à celles-ci. Il s'agit d'une façon trompeuse et erronée de présenter le litige. Ce ne sont tout simplement pas les tribunaux qui imposent des limites au législateur, mais bien la Constitution, que les tribunaux doivent interpréter. Il en est nécessairement ainsi dans toutes les démocraties constitutionnelles. Les citoyens doivent avoir le droit de contester les lois qui outrepassent à leur avis les pouvoirs d'une législature. Lorsqu'un tel recours est dûment exercé, les tribunaux sont constitutionnellement tenus de trancher. On prétend toutefois que la présente affaire se distingue parce que la contestation porte essentiellement sur le fait que le législateur n'a pas accordé la protection d'une loi à un groupe de personnes en particulier. Les tenants de cette théorie tiennent pour acquis que seule l'action positive, par opposition à l'omission, peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'une telle distinction n'a aucun fondement juridique. Dans toute affaire, y compris en l'espèce, les tribunaux ont l'obligation de déterminer si la contestation est justifiée. Contrairement à ce qu'a laissé entendre le juge McClung, il ne s'agit pas pour les tribunaux d'imposer leur vision de la législation «idéale», mais bien de déterminer la constitutionnalité de l'action ou de l'omission du législateur qui est attaquée.

57

McClung J.A.'s position that judicial interference is inappropriate in this case is based on the assumption that the legislature's "silence" in this case is "neutral". Yet, questions which raise the issue of neutrality can only be dealt with in the context of the s. 15 analysis itself. Unless that analysis is undertaken, it is impossible to say whether the omission is indeed neutral or not. Neutrality cannot be assumed. To do so would remove the omission from the scope of judicial scrutiny under the *Charter*. The appellants have challenged the law on the ground that it violates the Constitution of Canada, and the courts must hear and consider that challenge. If, as alleged, the *IRPA* excludes some people from receiving benefits and protection it confers on others in a way that contravenes the equality guarantees in the *Charter*, then the courts have no choice but to say so. To do less would be to undermine the Constitution and the rule of law.

58

Let us now consider the substance of the respondents' position on this issue.

59

The respondents contend that a deliberate choice not to legislate should not be considered government action and thus does not attract *Charter* scrutiny. This submission should not be accepted. They assert that there must be some "exercise" of "s. 32 authority" to bring the decision of the legislature within the purview of the *Charter*. Yet there is nothing either in the text of s. 32 or in the jurisprudence concerned with the application of the *Charter* which requires such a narrow view of the *Charter*'s application.

60

The relevant subsection, s. 32(1)(b), states that the *Charter* applies to "the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province". There is nothing in that wording to suggest that a positive act encroaching on rights is required; rather the subsection speaks only of matters within the authority of the legislature. Dianne Pothier has correctly observed that s. 32 is "worded broadly enough to cover positive obligations on a legislature such that the *Charter* will be

La proposition du juge McClung selon laquelle l'intervention des tribunaux est inopportune en l'espèce s'appuie sur le postulat voulant que le «silence» du législateur soit «neutre» en l'occurrence. Or, les questions que soulève la prétendue neutralité ne peuvent être analysées que dans le contexte de l'art.15, à défaut de quoi on ne saurait dire si l'omission est neutre ou non. La neutralité ne peut être présumée, sinon l'omission échapperait à l'examen judiciaire fondé sur la *Charte*. Les appelants ont contesté la loi pour le motif qu'elle viole la Constitution du Canada, et les tribunaux doivent statuer sur leurs allégations. Si, comme le soutiennent les appelants, l'*IRPA* prive certaines personnes des avantages et de la protection qu'elle accorde à d'autres et ce, d'une façon qui va à l'encontre des droits à l'égalité garantis par la *Charte*, les tribunaux n'ont d'autre choix que de rendre un jugement en ce sens. Se soustraire à cette obligation compromettrait la Constitution et la primauté du droit.

Examinons maintenant les points essentiels de la thèse des intimés sur la question.

Les intimés prétendent que le choix délibéré de ne pas légiférer ne doit pas être assimilé à une action gouvernementale et, par conséquent, ne peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Cette thèse ne saurait être retenue. Les intimés font valoir qu'il doit y avoir un certain «exercice» du pouvoir dans un «domaine visé à l'art. 32» pour que la *Charte* s'applique à la décision de la législature. Or, ni le libellé de l'art. 32 ni la jurisprudence relative à l'application de la *Charte* n'exigent une telle limitation du champ d'application de la *Charte*.

L'alinéa 32(1)b) dit que la *Charte* s'applique «à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature». Rien n'indique qu'une action positive empiétant sur des droits soit nécessaire; en fait, l'alinéa parle uniquement des domaines relevant de cette législature. Dianne Pothier a fait remarquer à juste titre que l'art. 32 est [TRADUCTION] «rédigé d'une manière assez générale pour viser les obligations positives du législateur, de telle sorte que la *Charte* s'appliquera même lorsque le

engaged even if the legislature refuses to exercise its authority” (“The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak” (1996), 7 *Constitutional Forum* 113, at p. 115). The application of the *Charter* is not restricted to situations where the government actively encroaches on rights.

The *IRPA* is being challenged as unconstitutional because of its failure to protect *Charter* rights, that is to say its underinclusiveness. The mere fact that the challenged aspect of the Act is its underinclusiveness should not necessarily render the *Charter* inapplicable. If an omission were not subject to the *Charter*, underinclusive legislation which was worded in such a way as to simply omit one class rather than to explicitly exclude it would be immune from *Charter* challenge. If this position was accepted, the form, rather than the substance, of the legislation would determine whether it was open to challenge. This result would be illogical and more importantly unfair. Therefore, where, as here, the challenge concerns an Act of the legislature that is underinclusive as a result of an omission, s. 32 should not be interpreted as precluding the application of the *Charter*.

It might also be possible to say in this case that the deliberate decision to omit sexual orientation from the provisions of the *IRPA* is an “act” of the Legislature to which the *Charter* should apply. This argument is strengthened and given a sense of urgency by the considered and specific positive actions taken by the government to ensure that those discriminated against on the grounds of sexual orientation were excluded from the protective procedures of the Human Rights Commission. However, it is not necessary to rely on this position in order to find that the *Charter* is applicable.

It is also unnecessary to consider whether a government could properly be subjected to a challenge under s. 15 of the *Charter* for failing to act at all, in contrast to a case such as this where it acted in an underinclusive manner. It has been held that certain provisions of the *Charter*, for example those dealing with minority language rights (s. 23),

législateur refuse d’exercer son pouvoir» («The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 113, à la p. 115). L’application de la *Charte* n’est pas limitée aux cas où par son action le gouvernement empiète sur des droits.

La constitutionnalité de l’*IRPA* est contestée pour le motif qu’elle ne protège pas des droits garantis par la *Charte*, c’est-à-dire en raison de sa portée trop limitative. Le seul fait que la Loi soit contestée pour sa portée trop limitative ne devrait pas nécessairement rendre la *Charte* inapplicable. Si l’omission n’était pas assujettie à la *Charte*, la loi trop limitative, rédigée de façon à simplement omettre une catégorie plutôt qu’à l’exclure expressément, serait à l’abri de toute contestation fondée sur la *Charte*. Si ce point de vue était jugé valable, la forme et non le fond déterminerait si la loi peut être contestée, ce qui serait illogique, mais surtout injuste. Par conséquent, lorsque, comme en l’espèce, la contestation vise une loi adoptée par la législature qui est trop limitative en raison d’une omission, l’art. 32 ne devrait pas être interprété comme faisant obstacle à l’application de la *Charte*.

L’on pourrait également soutenir, en l’espèce, que la décision délibérée d’omettre l’orientation sexuelle dans les dispositions de l’*IRPA* est un «acte» du législateur à laquelle la *Charte* devrait s’appliquer. Les mesures concrètes et réfléchies que le gouvernement a prises pour faire en sorte que les victimes de discrimination fondée sur l’orientation sexuelle ne puissent présenter une plainte à la Human Rights Commission étayent cet argument qui n’en est que plus convaincant. Cependant, il n’est pas nécessaire de l’invoquer pour arriver à la conclusion que la *Charte* s’applique.

Il est également inutile de se demander si un gouvernement pourrait à juste titre faire l’objet d’une contestation fondée sur l’art. 15 de la *Charte* parce qu’il n’a pas agi du tout, par opposition à un cas où, comme en l’espèce, il a agi d’une manière trop limitative. Notre Cour a statué que certaines dispositions de la *Charte*, notamment celles qui

61

62

63

do indeed require a government to take positive actions to ensure that those rights are respected (see *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 393; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at pp. 862-63 and 866).

portent sur les droits d'une minorité linguistique (art. 23), imposent en effet à un gouvernement l'obligation positive de prendre des mesures pour assurer le respect de ces droits (voir *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, à la p. 393, et *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, aux pp. 862, 863 et 866).

64 It has not yet been necessary to decide in other contexts whether the *Charter* might impose positive obligations on the legislatures or on Parliament such that a failure to legislate could be challenged under the *Charter*. Nonetheless, the possibility has been considered and left open in some cases. For example, in *McKinney*, Wilson J. made a comment in *obiter* that "[i]t is not self-evident to me that government could not be found to be in breach of the *Charter* for failing to act" (p. 412). In *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1038, L'Heureux-Dubé J., speaking for the majority and relying on comments made by Dickson C.J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, suggested that in some situations, the *Charter* might impose affirmative duties on the government to take positive action. Finally, in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, La Forest J., speaking for the Court, left open the question whether the *Charter* might oblige the state to take positive actions (at para. 73). However, it is neither necessary nor appropriate to consider that broad issue in this case.

Il n'a pas été nécessaire jusqu'ici de déterminer si dans d'autres contextes la *Charte* pouvait faire peser sur le législateur provincial ou fédéral, des obligations positives, de telle sorte que le fait de ne pas légiférer pourrait être contesté en vertu de la *Charte*. Cette possibilité a cependant été envisagée, sans être écartée, dans certaines affaires. Par exemple, dans l'arrêt *McKinney*, le juge Wilson a fait la remarque incidente suivante: «il n'est pas évident en soi que le gouvernement ne pourrait être reconnu coupable de violation de la *Charte* pour avoir omis d'agir» (p. 412). Dans l'arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038, s'exprimant au nom de la majorité et s'appuyant sur les observations du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge L'Heureux-Dubé laisse entendre que la *Charte* pourrait, dans certaines situations, imposer au gouvernement l'obligation positive de prendre des mesures concrètes. Enfin, dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, s'exprimant au nom de notre Cour, le juge La Forest laisse sans réponse la question de savoir si la *Charte* pourrait obliger l'État à prendre des mesures concrètes (au par. 73). Toutefois, il n'est ni nécessaire ni opportun d'examiner cette vaste question en l'espèce.

2. Application of the *Charter* to Private Activity

2. L'application de la *Charte* à l'activité privée

65 The respondents further argue that the effect of applying the *Charter* to the *IRPA* would be to regulate private activity. Since it has been held that the *Charter* does not apply to private activity (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *McKinney, supra*), it is said that the application of the *Charter* in this case would not be appropriate.

Les intimés soutiennent en outre qu'appliquer la *Charte* à l'*IRPA* ce serait réglementer une activité privée. Comme il a été décidé que la *Charte* ne s'applique pas aux activités privées (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *McKinney*, précité), les intimés font valoir qu'il serait inapproprié d'appliquer la *Charte* en l'espèce. Cet argu-

This argument cannot be accepted. The application of the *Charter* to the *IRPA* does not amount to applying it to private activity. It is true that the *IRPA* itself targets private activity and as a result will have an “effect” upon that activity. Yet it does not follow that this indirect effect should remove the *IRPA* from the purview of the *Charter*. It would lead to an unacceptable result if any legislation that regulated private activity would for that reason alone be immune from *Charter* scrutiny.

The respondents’ submission has failed to distinguish between “private activity” and “laws that regulate private activity”. The former is not subject to the *Charter*, while the latter obviously is. It is the latter which is at issue in this appeal. This case can be compared to *McKinney*, where La Forest J., speaking for the majority, stated that “[t]here is no question that, the [Human Rights] Code being a law, the *Charter* applies to it” (p. 290). Those words are applicable to the situation presented in this case. The constitutional challenge here concerns the *IRPA*, an Act of the Alberta Legislature. It does not concern the acts of King’s College or any other private entity or person. This, I think, is sufficient to dispose of the respondents’ submissions on this point.

C. Section 15(1)

1. Approach to Section 15(1)

The rights enshrined in s. 15(1) of the *Charter* are fundamental to Canada. They reflect the fondest dreams, the highest hopes and finest aspirations of Canadian society. When universal suffrage was granted it recognized to some extent the importance of the individual. Canada by the broad scope and fundamental fairness of the provisions of s. 15(1) has taken a further step in the recognition of the fundamental importance and the innate dignity of the individual. That it has done so is not only praiseworthy but essential to achieving the magnificent goal of equal dignity for all. It is the means of giving Canadians a sense of pride. In order to achieve equality the intrinsic worthiness and importance of every individual must be recognized regardless of the age, sex, colour, origins, or

ment ne peut être accepté. Appliquer la *Charte* à l’*IRPA* ce n’est pas appliquer la *Charte* à une activité privée. Il est vrai que l’*IRPA* vise des activités privées et, par conséquent, elle a une «incidence» sur de telles activités. Mais il ne s’ensuit pas que cette incidence indirecte devrait soustraire l’*IRPA* à l’application de la *Charte*. Il serait inacceptable qu’une loi échappe à l’examen fondé sur la *Charte* pour le seul motif qu’elle régit des activités privées.

L’argumentation des intimés ne fait aucune distinction entre l’«activité privée» et la «loi qui régit l’activité privée». La première n’est pas assujettie à la *Charte*, mais la seconde l’est manifestement. Le présent pourvoi porte sur une loi qui régit des activités privées. Il s’apparente à l’affaire *McKinney*, où le juge La Forest, au nom de la majorité de notre Cour, a dit qu’«[i]l n’y a aucun doute que puisque le [Human Rights] Code est une loi, la *Charte* s’y applique» (p. 290). Cette conclusion s’applique à la situation considérée en l’espèce. La présente contestation constitutionnelle porte sur l’*IRPA*, qui a été adoptée par la législature albertaine, et non sur les actes du King’s College ou d’une autre personne ou entité privée, ce qui, selon moi, est suffisant pour rejeter les prétentions des intimés à cet égard.

C. Le paragraphe 15(1)

1. Façon d’appliquer le par. 15(1)

Les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte* sont fondamentaux pour le Canada. Ils reflètent les rêves les plus chers, les espérances les plus élevées et les aspirations les plus nobles de la société canadienne. L’adoption du suffrage universel a eu pour effet de reconnaître, jusqu’à un certain point, l’importance de l’individu. En adoptant le par. 15(1), dont les dispositions ont une large portée et se caractérisent par un grand souci de justice fondamentale, le Canada a franchi une autre étape dans la reconnaissance de l’importance fondamentale et de la dignité inhérente de chacun. Cette démarche est non seulement louable, mais essentielle à la réalisation d’un objectif admirable: le droit de chacun à la dignité. C’est le moyen d’inspirer aux Canadiens un sentiment de fierté. Pour qu’il y ait

other characteristics of the person. This in turn should lead to a sense of dignity and worthiness for every Canadian and the greatest possible pride and appreciation in being a part of a great nation.

68 The concept and principle of equality is almost intuitively understood and cherished by all. It is easy to praise these concepts as providing the foundation for a just society which permits every individual to live in dignity and in harmony with all. The difficulty lies in giving real effect to equality. Difficult as the goal of equality may be it is worth the arduous struggle to attain. It is only when equality is a reality that fraternity and harmony will be achieved. It is then that all individuals will truly live in dignity.

69 It is easy to say that everyone who is just like "us" is entitled to equality. Everyone finds it more difficult to say that those who are "different" from us in some way should have the same equality rights that we enjoy. Yet so soon as we say any enumerated or analogous group is less deserving and unworthy of equal protection and benefit of the law all minorities and all of Canadian society are demeaned. It is so deceptively simple and so devastatingly injurious to say that those who are handicapped or of a different race, or religion, or colour or sexual orientation are less worthy. Yet, if any enumerated or analogous group is denied the equality provided by s. 15 then the equality of every other minority group is threatened. That equality is guaranteed by our constitution. If equality rights for minorities had been recognized, the all too frequent tragedies of history might have been avoided. It can never be forgotten that discrimination is the antithesis of equality and that it is the recognition of equality which will foster the dignity of every individual.

70 How then should the analysis of s. 15 proceed? In *Egan* the two-step approach taken in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R.

égalité, la valeur et l'importance intrinsèques de chaque individu doivent être reconnues sans égard à l'âge, au sexe, à la couleur, aux origines ou à d'autres caractéristiques de la personne. Cette reconnaissance devrait alors susciter chez tous les Canadiens un sentiment de dignité et de valorisation tout en leur inspirant la plus grande fierté et la satisfaction d'appartenir à une grande nation.

Presque intuitivement, tous comprennent la notion et le principe de l'égalité et y sont attachés. Il est facile de louer l'égalité comme le fondement d'une société juste qui permet à chacun de vivre dans la dignité et l'harmonie au sein de la collectivité. La difficulté consiste à la réaliser concrètement. Si difficile soit-il, cet objectif mérite qu'on livre une rude bataille pour l'atteindre. Ce n'est que dans un contexte d'égalité réelle que la fraternité et l'harmonie peuvent exister. C'est alors que chacun peut véritablement vivre dans la dignité.

Il est facile de dire que quiconque «nous» ressemble a droit à l'égalité. Chacun de vous trouve cependant plus difficile de soutenir que les gens «différents», sous un aspect ou un autre, doivent jouir des mêmes droits à l'égalité que nous. Pourtant, dès que nous affirmons qu'un groupe énuméré au par. 15(1) ou un groupe analogue ne mérite pas la même protection et le même bénéfice de la loi, ou n'en est pas digne, toutes les minorités et toute la société canadienne se trouvent avilies. Il est si simple, en apparence, mais tellement préjudiciable, de dire de ceux qui ont une déficience ou dont la race, la religion, la couleur ou l'orientation sexuelle est différente qu'ils sont moins dignes d'estime. Or, lorsque l'égalité prévue à l'art. 15 est niée à un groupe visé ou à un groupe analogue, c'est l'égalité de chacune des autres minorités qui est menacée. Notre Constitution garantit le droit à l'égalité. La reconnaissance de ce droit aux minorités aurait pu, dans le passé, éviter les trop nombreuses tragédies qui ont ponctué l'histoire. Il ne faut jamais oublier que la discrimination est l'antithèse de l'égalité et que c'est la reconnaissance de l'égalité qui assure la dignité de chacun.

Comment, dès lors, l'analyse fondée sur l'art. 15 doit-elle être effectuée? Dans l'arrêt *Egan*, la méthode comportant deux étapes employée dans

143, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, was summarized and described in this way (at paras. 130-31):

The first step is to determine whether, due to a distinction created by the questioned law, a claimant's right to equality before the law, equality under the law, equal protection of the law or equal benefit of the law has been denied. During this first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics.

Not every distinction created by legislation gives rise to discrimination. Therefore, the second step must be to determine whether the distinction created by the law results in discrimination. In order to make this determination, it is necessary to consider first, whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated, and second, whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others.

A similar approach was taken by McLachlin J. in *Miron* (at para. 128):

The analysis under s. 15(1) involves two steps. First, the claimant must show a denial of "equal protection" or "equal benefit" of the law, as compared with some other person. Second, the claimant must show that the denial constitutes discrimination. At this second stage, in order for discrimination to be made out, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics.

In *Miron* and *Egan*, Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ. articulated a qualification which, as described in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358 (at para. 64), "focuses on the relevancy of a distinction to the purpose of the legislation where that purpose is not itself discriminatory and recognizes that certain distinctions are outside the scope of s. 15". This

les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, est résumée et décrite comme suit (aux par. 130 et 131):

La première [étape] consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d'un plaignant à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à la même protection de la loi et au même bénéfice de la loi. À cette étape de l'analyse, il s'agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles.

Les distinctions créées par les lois n'emportent pas toutes discrimination. C'est pourquoi il faut, à la seconde étape, déterminer si la distinction ainsi créée donne lieu à une discrimination. À cette fin, il faut se demander, d'une part, si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées et, d'autre part, si la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres.

Le juge McLachlin adopte une méthode semblable dans l'arrêt *Miron* (au par. 128):

L'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. À cette seconde étape, pour établir qu'il y a discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l'un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe.

Dans les arrêts *Miron* et *Egan*, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major ont apporté un tempérament dont l'arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358 (au par. 64), dit qu'il «met l'accent sur la pertinence d'une distinction par rapport à l'objet du texte de loi, lorsque cet objet n'est pas lui-même discriminatoire, et elle reconnaît que certaines dis-

approach is, to a certain extent, compatible with the notion that discrimination commonly involves the attribution of stereotypical characteristics to members of an enumerated or analogous group.

72

It has subsequently been explained, however, that it is not only through the “stereotypical application of presumed group or personal characteristics” that discrimination can occur, although this may be common to many instances of discrimination. As stated by Sopinka J. in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at paras. 66-67:

... the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society as has been the case with disabled persons.

The principal object of certain of the prohibited grounds is the elimination of discrimination by the attribution of untrue characteristics based on stereotypical attitudes relating to immutable conditions such as race or sex. . . . The other equally important objective seeks to take into account the true characteristics of this group which act as headwinds to the enjoyment of society's benefits and to accommodate them.

73

These approaches to the analysis of s. 15(1) have been summarized and adopted in subsequent cases, e.g. *Eaton* (at para. 62), *Benner* (at para. 69) and, most recently, *Eldridge*. In *Eldridge*, La Forest J., writing for the unanimous Court, stated (at para. 58):

While this Court has not adopted a uniform approach to s. 15(1), there is broad agreement on the general analytic framework; see *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at para. 62, *Miron*, *supra*, and *Egan*, *supra*. A person claiming a violation of s. 15(1) must first establish that, because of a distinction drawn between the claimant and others, the claimant has been denied “equal protection” or “equal benefit” of the law. Secondly, the claimant must show that the denial constitutes discrimination on the basis of one

tinctions ne sont pas visées par l’art. 15». Cette méthode est dans une certaine mesure compatible avec l’idée que la discrimination comporte habituellement l’attribution de caractéristiques stéréotypées aux membres d’un groupe énuméré ou analogue.

Toutefois, notre Cour a par la suite précisé que la discrimination ne résulte pas seulement de «l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe», bien que celle-ci puisse être observée dans de nombreux cas de discrimination. Comme le dit le juge Sopinka dans l’arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, aux par. 66 et 67:

... le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d’empêcher la discrimination par l’attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d’améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l’ensemble de la société ordinaire comme ce fut le cas pour les personnes handicapées.

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l’attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. [. . .] L’autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l’empêchent de jouir des avantages de la société, et à les accommoder en conséquence.

Ces méthodes préconisées relativement à l’analyse fondée sur le par. 15(1) ont été résumées et adoptées dans des arrêts ultérieurs, p. ex. *Eaton*, précité (au par. 62), *Benner*, précité (au par. 69), et plus récemment, *Eldridge*. Dans ce dernier arrêt, le juge La Forest a dit ce qui suit au nom de notre Cour (au par. 58):

Bien que notre Cour n’ait pas adopté une approche uniforme à l’égard de cette disposition, il y a un large accord général sur le cadre d’analyse général: voir *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, au par. 62, *Miron* et *Egan*, précités. La personne qui allègue une violation du par. 15(1) doit d’abord établir que, en raison d’une distinction faite entre elle et d’autres personnes, elle est privée de la «même protection» ou du «même bénéfice» de la loi. En deuxième lieu, elle doit démontrer que cette privation

of the enumerated grounds listed in s. 15(1) or one analogous thereto.

In this case, as in *Eaton, Benner* and *Eldridge*, any differences that may exist in the approach to s. 15(1) would not affect the result, and it is therefore not necessary to address those differences. The essential requirements of all these cases will be satisfied by enquiring first, whether there is a distinction which results in the denial of equality before or under the law, or of equal protection or benefit of the law; and second, whether this denial constitutes discrimination on the basis of an enumerated or analogous ground.

2. The IRPA Creates a Distinction Between the Claimant and Others Based on a Personal Characteristic, and Because of That Distinction, It Denies the Claimant Equal Protection or Equal Benefit of the Law

(a) *Does the IRPA Create a Distinction?*

The respondents have argued that because the *IRPA* merely omits any reference to sexual orientation, this “neutral silence” cannot be understood as creating a distinction. They contend that the *IRPA* extends full protection on the grounds contained within it to heterosexuals and homosexuals alike, and therefore there is no distinction and hence no discrimination. It is the respondents’ position that if any distinction is made on the basis of sexual orientation that distinction exists because it is present in society and not because of the *IRPA*.

These arguments cannot be accepted. They are based on that “thin and impoverished” notion of equality referred to in *Eldridge* (at para. 73). It has been repeatedly held that identical treatment will not always constitute equal treatment (see for example *Andrews, supra*, at p. 164). It is also clear that the way in which an exclusion is worded should not disguise the nature of the exclusion so as to allow differently drafted exclusions to be

constitue une discrimination fondée sur l’un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue.

Dans la présente espèce, comme dans les affaires *Eaton, Benner* et *Eldridge*, toute différence pouvant exister quant à la méthode à employer relativement au par. 15(1) ne modifie en rien le résultat, de sorte qu’il n’est pas nécessaire de s’y attarder. Les exigences essentielles établies dans ces affaires sont respectées si l’on se demande premièrement s’il y a une distinction entraînant la négation du droit à l’égalité devant la loi ou dans la loi ou la négation du droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi et, deuxièmement, si cette négation constitue une discrimination fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou sur un motif analogue.

2. L’IRPA établit une distinction entre le plaignant et d’autres personnes sur le fondement d’une caractéristique personnelle et, à cause de cette distinction, elle prive le plaignant du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi

a) *L’IRPA établit-elle une distinction?*

Les intimés prétendent que, l’*IRPA* omettant simplement de mentionner l’orientation sexuelle, on ne peut conclure que ce «silence neutre» crée une distinction. Ils font valoir que l’*IRPA* assure tant aux hétérosexuels qu’aux homosexuels une protection entière contre la discrimination fondée sur les motifs qu’elle prévoit de sorte qu’aucune distinction n’est établie et, partant, aucune discrimination n’est exercée. Selon eux, si une distinction est établie sur le fondement de l’orientation sexuelle, elle est imputable à la société, et non à l’*IRPA*.

Ces arguments ne peuvent être acceptés. Ils sont fondés sur la notion «étroite et peu généreuse» de l’égalité que mentionne *Eldridge* (au par. 73). Il est bien établi qu’un traitement identique ne constitue pas toujours un traitement égal (voir notamment l’arrêt *Andrews*, précité, à la p. 164). Il est également clair que la formulation d’une exclusion ne devrait pas en masquer la nature de telle sorte que des exclusions libellées différemment soient trai-

74

75

76

treated differently. For example *Schachter*, at p. 698, discussed this point in the context of remedies, and quoted *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (S.C.), at pp. 384-85:

Where the state makes a distinction between two classes of individuals, A and B, . . . the manner in which the legislative provision or law is drafted is irrelevant for constitutional purposes; i.e., it is immaterial whether the subject law states: (1) A benefits; or (2) Everyone benefits except B. In both cases, the impact upon the individual within group B is the same.

77 The respondents concede that if homosexuals were excluded altogether from the protection of the *IRPA* in the sense that they were not protected from discrimination on any grounds, this would be discriminatory. Clearly that would be discrimination of the most egregious kind. It is true that gay and lesbian individuals are not entirely excluded from the protection of the *IRPA*. They can claim protection on some grounds. Yet that certainly does not mean that there is no discrimination present. For example, the fact that a lesbian and a heterosexual woman are both entitled to bring a complaint of discrimination on the basis of gender does not mean that they have equal protection under the Act. Lesbian and gay individuals are still denied protection under the ground that may be the most significant for them, discrimination on the basis of sexual orientation.

78 The respondents also seek to distinguish this case from *McKinney*, *supra*, and *Blainey*, *supra*. In *Blainey*, the Ontario human rights legislation prohibited discrimination on the basis of gender, but expressly allowed it in athletic organizations. Similarly, in *McKinney*, the impugned legislation prohibited discrimination on the basis of age, but in circumstances of employment, "age" was defined as 18 to 65, thereby depriving elderly workers of a benefit under the statute on the basis of their age. In both cases the legislation was found to violate s. 15(1).

tées différemment. Par exemple, dans l'arrêt *Schachter*, à la p. 698, cette question est examinée dans le contexte de la réparation à accorder et l'arrêt *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (C.S.), est cité, aux pp. 384 et 385:

[TRADUCTION] Lorsque l'État établit une distinction entre deux catégories de personnes, A et B, [. . .] la façon dont la disposition législative ou la loi est rédigée n'est pas pertinente sur le plan constitutionnel; c.-à-d. qu'il importe peu que la loi visée dispose: (1) A a droit aux bénéfices ou (2) tous ont droit aux bénéfices, sauf B. Dans les deux cas, le résultat est le même pour les membres du groupe B.

Les intimés concèdent que si les homosexuels étaient complètement exclus de la protection de l'*IRPA*, c'est-à-dire si elle ne les protégeait contre aucun des motifs de distinction qu'elle énumère, il y aurait discrimination. Manifestement, il s'agirait d'une discrimination des plus insignes. Il est vrai que les homosexuels ne sont pas entièrement exclus de la protection de l'*IRPA*. Ils peuvent en effet réclamer cette protection pour certains motifs. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il n'y a pas de discrimination. Par exemple, le fait qu'une homosexuelle et qu'une hétérosexuelle aient toutes deux le droit de déposer une plainte de discrimination fondée sur le sexe ne signifie pas qu'elles jouissent d'une protection égale sous le régime de la Loi. Les homosexuels sont toujours privés de protection contre la discrimination fondée sur le motif le plus susceptible de revêtir pour eux la plus grande importance, soit l'orientation sexuelle.

Les intimés tentent également d'établir une distinction entre la présente espèce et les arrêts *McKinney* et *Blainey*, précités. Dans *Blainey*, la loi ontarienne sur les droits de la personne interdisait la discrimination fondée sur le sexe, mais l'autorisait expressément au sein des organisations sportives. De même, dans *McKinney*, la loi incriminée interdisait la discrimination fondée sur l'âge, mais en matière d'emploi; l'«âge» était défini comme étant la période comprise entre 18 et 65 ans, ce qui privait les travailleurs âgés du bénéfice de la loi en raison de leur âge. Dans les deux cas, le tribunal a conclu que la loi violait le par. 15(1).

The respondents suggest that because the government in those cases had decided to provide protection, it had to do so in a non-discriminatory manner, but that the present case is distinguishable because the *IRPA* remains silent with respect to sexual orientation. The fact that the legislation explicitly places limits on protection (to some within a category as in *McKinney*, or excluding a particular area of discrimination as in *Blainey*) cannot provide the sole basis for determining whether a distinction has been drawn by the legislation. This case too is one of partial protection although the exclusion or limit on protection takes a different form from that presented in *McKinney* and *Blainey*. Protection from discrimination is provided by the Government, by means of the *IRPA*, but only to some groups.

If the mere silence of the legislation was enough to remove it from s. 15(1) scrutiny then any legislature could easily avoid the objects of s. 15(1) simply by drafting laws which omitted reference to excluded groups. Such an approach would ignore the recognition that this Court has given to the principle that discrimination can arise from under-inclusive legislation. This principle was expressed with great clarity by Dickson C.J. in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at p. 1240. There he stated: "Underinclusion may be simply a backhanded way of permitting discrimination".

It is clear that the *IRPA*, by reason of its under-inclusiveness, does create a distinction. The distinction is simultaneously drawn along two different lines. The first is the distinction between homosexuals, on one hand, and other disadvantaged groups which are protected under the Act, on the other. Gays and lesbians do not even have formal equality with reference to other protected groups, since those other groups are explicitly included and they are not.

The second distinction, and, I think, the more fundamental one, is between homosexuals and heterosexuals. This distinction may be more diffi-

Selon les intimés, dans ces cas, le gouvernement ayant décidé d'assurer une protection, il devait le faire d'une façon non discriminatoire, mais en l'espèce, il y a lieu d'établir une distinction puisque l'*IRPA* est muette au sujet de l'orientation sexuelle. Le fait que le texte législatif limite explicitement la protection prévue (en l'accordant à certaines personnes au sein d'une catégorie, comme dans *McKinney*, ou en excluant un type particulier de discrimination, comme dans *Blainey*) ne permet à lui seul de déterminer si la loi établit une distinction. En l'espèce aussi, une protection partielle est accordée, bien que l'exclusion ou la limitation du régime de protection revête une forme différente de celles considérées dans les arrêts *McKinney* et *Blainey*. La protection contre la discrimination est assurée par le gouvernement, au moyen de l'*IRPA*, mais seulement à certains groupes.

Si le simple silence de l'*IRPA* suffisait à la soustraire à l'examen fondé sur le par. 15(1), le législateur pourrait facilement contourner les objectifs de cette disposition en rédigeant des textes législatifs qui ne mentionne pas à dessein les groupes exclus. Ce serait faire fi de la reconnaissance, par notre Cour, du principe voulant qu'une loi trop limitative puisse être discriminatoire, lequel a été énoncé très clairement par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la p. 1240. S'exprimant au nom de la Cour, il a dit: «La couverture sélective constitue peut-être simplement un moyen détourné de permettre la discrimination».

Il est évident que l'*IRPA*, en raison de sa portée trop limitative, établit effectivement une distinction et ce, sous deux rapports différents simultanément. Premièrement, une distinction est créée entre les homosexuels, d'une part, et les autres groupes défavorisés qui bénéficient de la protection de l'*IRPA*, d'autre part. Les homosexuels ne jouissent même pas d'une égalité formelle par rapport aux groupes protégés, puisque, ceux-ci sont explicitement inclus alors que les homosexuels ne le sont pas.

Deuxièmement, une distinction encore plus fondamentale, selon moi, est créée entre homosexuels et hétérosexuels. Elle peut être plus difficile à

cult to see because there is, on the surface, a measure of formal equality: gay or lesbian individuals have the same access as heterosexual individuals to the protection of the *IRPA* in the sense that they could complain to the Commission about an incident of discrimination on the basis of any of the grounds currently included. However, the exclusion of the ground of sexual orientation, considered in the context of the social reality of discrimination against gays and lesbians, clearly has a disproportionate impact on them as opposed to heterosexuals. Therefore the *IRPA* in its underinclusive state denies substantive equality to the former group. This was well expressed by W. N. Renke, "Case Comment: *Vriend v. Alberta*: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice" (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 925, at pp. 942-43:

If both heterosexuals and homosexuals equally suffered discrimination on the basis of sexual orientation, neither might complain of unfairness if the *IRPA* extended no remedies for discrimination on the basis of sexual orientation. A person belonging to one group would be treated like a person belonging to the other. Where, though, discrimination is visited virtually exclusively against persons with one type of sexual orientation, an absence of legislative remedies for discrimination based on sexual orientation has a differential impact. The absence of remedies has no real impact on heterosexuals, since they have no complaints to make concerning sexual orientation discrimination. The absence of remedies has a real impact on homosexuals, since they are the persons discriminated against on the basis of sexual orientation. Furthermore, a heterosexual has recourse to all the currently available heads of discrimination, should a complaint be necessary. A homosexual, it is true, may also have recourse to those heads of discrimination, but the only type of discrimination he or she may suffer may be sexual orientation discrimination. He or she would have no remedy for this type of discrimination. Seen in this way, the *IRPA* does distinguish between homosexuals and heterosexuals.

See also Pothier, *supra*, at p. 119. It is possible that a heterosexual individual could be discriminated against on the ground of sexual orientation. Yet this is far less likely to occur than discrimination against a homosexual or lesbian on that same ground. It thus is apparent that there is a clear dis-

déceler parce qu'il y a en apparence une certaine égalité formelle: les homosexuels ont un même droit à la protection de l'*IRPA* que les hétérosexuels dans la mesure où ils peuvent saisir la commission d'une plainte de discrimination fondée sur l'un des motifs actuellement énumérés. Cependant, compte tenu de la réalité sociale de la discrimination exercée contre les homosexuels, l'exclusion de l'orientation sexuelle a de toute évidence un effet disproportionné sur ces derniers par comparaison avec les hétérosexuels. En raison de son caractère trop limitatif, l'*IRPA* nie donc aux homosexuels le droit à l'égalité réelle. Cela est fort bien expliqué par W. N. Renke dans «Case Comment: *Vriend v. Alberta*: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice» (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 925, aux pp. 942 et 943:

[TRADUCTION] Si hétérosexuels et homosexuels étaient également victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, ni les uns ni les autres ne pourraient se plaindre d'injustice si l'*IRPA* ne conférait aucun recours à l'égard de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Les personnes appartenant à un groupe seraient traitées comme celles faisant partie de l'autre. Cependant, lorsque la discrimination est exercée presque exclusivement contre les personnes ayant une orientation sexuelle donnée, l'absence de recours légaux dans le cas de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle a un effet différent. L'absence de recours n'a aucune incidence réelle sur les hétérosexuels, puisqu'ils n'ont aucun motif de plainte concernant l'orientation sexuelle. Elle a par contre un effet véritable sur les homosexuels, car ils sont les victimes de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. En outre, l'hétérosexuel peut, au besoin, invoquer tous les motifs de discrimination actuellement énumérés dans la Loi. Il est vrai que c'est également le cas pour l'homosexuel, mais il se peut que la seule discrimination exercée contre lui soit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Il n'aurait aucun recours contre ce type de discrimination. Dans cette optique, l'*IRPA* établit bel et bien une distinction entre homosexuels et hétérosexuels.

Voir également Pothier, *loc. cit.*, à la p. 119. Il est possible qu'un hétérosexuel soit victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Mais cela risque beaucoup moins de se produire que la discrimination contre un homosexuel pour le même motif. Il appert donc qu'une nette distinc-

inction created by the disproportionate impact which arises from the exclusion of the ground from the *IRPA*.

This case is similar in some respects to the recent case of *Eldridge, supra*. There the *Charter's* requirement of substantive, not merely formal, equality was unanimously affirmed. It was, as well, recognized that substantive equality may be violated by a legislative omission. At paras. 60-61 the principle was explained in this way:

The only question in this case, then, is whether the appellants have been afforded "equal benefit of the law without discrimination" within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. On its face, the medicare system in British Columbia applies equally to the deaf and hearing populations. It does not make an explicit "distinction" based on disability by singling out deaf persons for different treatment. Both deaf and hearing persons are entitled to receive certain medical services free of charge. The appellants nevertheless contend that the lack of funding for sign language interpreters renders them unable to benefit from this legislation to the same extent as hearing persons. Their claim, in other words, is one of "adverse effects" discrimination.

This Court has consistently held that s. 15(1) of the *Charter* protects against this type of discrimination. . . . Section 15(1), the Court held [in *Andrews*], was intended to ensure a measure of substantive, not merely formal equality.

Finally, the respondents' contention that the distinction is not created by law, but rather exists independently of the *IRPA* in society, cannot be accepted. It is, of course, true that discrimination against gays and lesbians exists in society. The reality of this cruel and unfortunate discrimination was recognized in *Egan*. Indeed it provides the context in which the legislative distinction challenged in this case must be analysed. The reality of society's discrimination against lesbians and gay men demonstrates that there is a distinction drawn in the *IRPA* which denies these groups equal protection of the law by excluding lesbians and gay men from its protection, the very protection they so urgently need because of the existence of dis-

tion est créée par l'effet disproportionné qu'a l'exclusion de ce motif dans l'*IRPA*.

La présente espèce s'apparente à certains égards à la récente affaire *Eldridge*, précitée, où notre Cour a confirmé à l'unanimité que l'égalité doit être réelle, et non seulement formelle. Cet arrêt établit également qu'une omission du législateur peut porter atteinte à l'égalité réelle. Le principe est expliqué comme suit aux par. 60 et 61:

La seule question à trancher en l'espèce est donc de savoir si les appelants ont droit au «même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination» aux termes du par. 15(1) de la *Charte*. À première vue, le régime d'assurance-maladie de la Colombie-Britannique s'applique d'une manière égale aux entendants et aux personnes atteintes de surdité. Il ne fait pas de «distinction» explicite fondée sur la d ficiency en accordant un traitement diff rent aux personnes atteintes de surdité. Tant ces dernières que les entendants ont droit de recevoir certains services médicaux gratuitement. Les appelants prétendent néanmoins que l'absence de financement pour les services d'interprètes gestuels les empêche de bénéficier du régime établi par la loi dans la même mesure que les entendants. Autrement dit, ils invoquent la discrimination découlant d'«effets préjudiciables».

Notre Cour a statué de façon constante que le par. 15(1) de la *Charte* protège contre ce type de discrimination. [. . .] Le paragraphe 15(1), a statué la Cour [dans *Andrews*], vise à assurer une certaine égalité matérielle et non simplement formelle.

Enfin, la prétention des intimés selon laquelle la distinction n'est pas établie par la loi, mais existe en fait indépendamment de celle-ci dans la société, ne peut être acceptée. Il est évidemment vrai que les homosexuels sont victimes de discrimination dans la société. La réalité de cette discrimination cruelle et déplorable est reconnue dans l'arrêt *Egan*. Cet  tat de fait fournit le contexte dans lequel la distinction l gislativ  contestée en l'espèce doit être analysée. La réalité de la discrimination sociale dont les homosexuels sont victimes montre que l'*IRPA*  tablit une distinction qui nie à ces personnes le droit à la même protection de la loi en les excluant alors même qu'elles ont un pressant besoin de protection   cause de la discri-

crimination against them in society. It is not necessary to find that the legislation creates the discrimination existing in society in order to determine that it creates a potentially discriminatory distinction.

85 Although the respondents try to distinguish this case from *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, the reasoning they put forward is very much reminiscent of the approach taken in that case. (See S. K. O'Byrne and J. F. McGinnis, "Case Comment: *Vriend v. Alberta: Plessy Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta*" (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 892, at pp. 920-22.) There it was held that a longer qualifying period for unemployment benefits relating to pregnancy was not discriminatory because it applied to all pregnant individuals, and that if this category happened only to include women, that was a distinction created by nature, not by law. This reasoning has since been emphatically rejected (see e.g. *Brooks*). *Eldridge* also emphatically rejected an argument that underinclusive legislation did not discriminate because the inequality existed independently of the benefit provided by the state (at paras. 68-69).

86 The omission of sexual orientation as a protected ground in the *IRPA* creates a distinction on the basis of sexual orientation. The "silence" of the *IRPA* with respect to discrimination on the ground of sexual orientation is not "neutral". Gay men and lesbians are treated differently from other disadvantaged groups and from heterosexuals. They, unlike gays and lesbians, receive protection from discrimination on the grounds that are likely to be relevant to them.

(b) *Denial of Equal Benefit and Protection of the Law*

87 It is apparent that the omission from the *IRPA* creates a distinction. That distinction results in a denial of the equal benefit and equal protection of the law. It is the exclusion of sexual orientation from the list of grounds in the *IRPA* which denies

mination exercée contre elles dans la société. Il n'est pas nécessaire de conclure que la loi crée la discrimination qui a cours dans la société pour déterminer qu'elle établit une distinction potentiellement discriminatoire.

Les intimés tentent de distinguer la présente espèce de l'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, mais le raisonnement qu'ils avancent rappelle beaucoup le point de vue adopté dans cette affaire. (Voir S. K. O'Byrne et J. F. McGinnis, «Case Comment: *Vriend v. Alberta: Plessy Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta*» (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 892, aux pp. 920 à 922.) Dans cet arrêt, il a été décidé que la fixation d'une période de référence plus longue pour l'obtention des prestations d'assurance-chômage en cas de grossesse n'était pas discriminatoire, car elle s'appliquait à toutes les personnes enceintes, et le fait que cette catégorie n'inclut que des femmes était attribuable à une distinction établie par la nature, non par la loi. Ce raisonnement a été rejeté catégoriquement depuis lors (voir, p. ex., l'arrêt *Brooks*). Dans l'arrêt *Eldridge*, elle a aussi rejeté de manière énergique l'argument voulant qu'une loi trop limitative ne soit pas discriminatoire parce que l'inégalité existe indépendamment de l'avantage que confère l'État (aux par. 68 et 69).

L'omission de l'orientation sexuelle dans les motifs de distinction interdits par l'*IRPA* crée une distinction fondée sur l'orientation sexuelle. Ce «silence» de l'*IRPA* en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'est pas «neutre». Les homosexuels sont traités différemment d'autres groupes défavorisés et des hétérosexuels. Ceux-ci, contrairement aux homosexuels, sont protégés contre la discrimination fondée sur des motifs susceptibles de les concerner.

b) *La négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi*

Il appert que l'omission du législateur crée une distinction et que cette distinction emporte la négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi. C'est l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs de distinction interdits par

lesbians and gay men the protection and benefit of the Act in two important ways. They are excluded from the government's statement of policy against discrimination, and they are also denied access to the remedial procedures established by the Act.

Therefore, the *IRPA*, by its omission or underinclusiveness, denies gays and lesbians the equal benefit and protection of the law on the basis of a personal characteristic, namely sexual orientation.

3. The Denial of Equal Benefit and Equal Protection Constitutes Discrimination Contrary to Section 15(1)

In *Egan*, it was said that there are two aspects which are relevant in determining whether the distinction created by the law constitutes discrimination. First, "whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated". Second "whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others" (para. 131). A discriminatory distinction was also described as one which is "capable of either promoting or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration" (*Egan*, at para. 56, *per* L'Heureux-Dubé J.). It may as well be appropriate to consider whether the unequal treatment is based on "the stereotypical application of presumed group or personal characteristics" (*Miron*, at para. 128, *per* McLachlin J.).

l'*IRPA* qui prive les homosexuels du droit à la même protection et au même bénéfice de la Loi et ce, de deux manières importantes. Les homosexuels ne sont pas visés par l'énoncé de politique du gouvernement contre la discrimination, et on leur refuse l'accès aux recours permettant d'obtenir réparation en application de la Loi.

Par conséquent, en raison de l'omission du législateur ou de la portée trop limitative de l'*IRPA*, celle-ci nie aux homosexuels le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi sur le fondement d'une caractéristique personnelle, à savoir l'orientation sexuelle.

3. La négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi constitue une discrimination contraire au par. 15(1)

Dans l'arrêt *Egan*, notre Cour a dit que deux aspects sont pertinents aux fins de déterminer si la distinction créée par une loi constitue une discrimination. Premièrement, il faut se demander «si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées». Deuxièmement, il faut se demander si «la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres» (par. 131). Notre Cour a également dit qu'une distinction est discriminatoire lorsqu'elle est «susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération» (*Egan*, au par. 56, le juge L'Heureux-Dubé). On peut également se demander si le traitement inégal se fonde sur «l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe» (*Miron*, au par. 128, le juge McLachlin).

88

89

(a) *The Equality Right is Denied on the Basis of a Personal Characteristic Which Is Analogous to Those Enumerated in Section 15(1)*

90 In *Egan*, it was held, on the basis of “historical social, political and economic disadvantage suffered by homosexuals” and the emerging consensus among legislatures (at para. 176), as well as previous judicial decisions (at para. 177), that sexual orientation is a ground analogous to those listed in s. 15(1). Sexual orientation is “a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs” (para. 5). It is analogous to the other personal characteristics enumerated in s. 15(1); and therefore this step of the test is satisfied.

91 It has been noted, for example by Iacobucci J. in *Benner*, at para. 69, that:

Where the denial is based on a ground expressly enumerated in s. 15(1), or one analogous to them, it will generally be found to be discriminatory, although there may, of course, be exceptions: see, e.g., *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872.

It could therefore be assumed that a denial of the equal protection and benefit of the law on the basis of the analogous ground of sexual orientation is discriminatory. Yet in this case there are other factors present which support this conclusion.

(b) *The Distinction Has the Effect of Imposing a Burden or Disadvantage Not Imposed on Others and Withholds Benefits or Advantages Which Are Available to Others*

(i) Discriminatory Purpose

92 It was submitted by the appellants and several of the interveners that the purpose of the Alberta Government in excluding sexual orientation was itself discriminatory. The appellants suggest that the purpose behind the deliberate choice of the Government not to include sexual orientation as a protected ground is to deny that homosexuals are or were disadvantaged by discrimination, or alternatively to deny that homosexuals are worthy of protection against that discrimination. This, they

a) *Le droit à l'égalité est nié sur le fondement d'une caractéristique personnelle analogue à celles énumérées au par. 15(1)*

Dans l'arrêt *Egan*, il a été décidé, en raison des «désavantages sociaux, politiques et économiques» dont souffrent les homosexuels, de l'émergence d'un consensus législatif (au par. 176) et des décisions judiciaires antérieures (au par. 177), que l'orientation sexuelle constitue un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1). L'orientation sexuelle est «une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable» (par. 5). Elle est analogue aux autres caractéristiques personnelles énumérées au par. 15(1), de sorte que ce volet du critère est respecté.

Il a été souligné, par exemple, par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Benner*, au par. 69:

Lorsque la négation du droit en cause est fondée sur l'un des motifs expressément énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue, elle sera généralement jugée discriminatoire, bien qu'il puisse évidemment y avoir des exceptions: voir, par exemple, *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872.

Pourrait donc être tenue pour discriminatoire la négation du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi fondée sur le motif analogue de l'orientation sexuelle. Cependant, d'autres facteurs appuient en l'espèce cette conclusion.

b) *La distinction a pour effet d'imposer des fardeaux ou des désavantages non imposés à d'autres et d'empêcher l'accès aux avantages offerts à d'autres.*

(i) Objet discriminatoire

Les appelants et plusieurs des intervenants font valoir que l'objet que cherchait à atteindre le gouvernement albertain en excluant l'orientation sexuelle est lui-même discriminatoire. Les appelants prétendent qu'en décidant délibérément de ne pas prévoir l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite le gouvernement cherchait à nier que les homosexuels sont ou ont été victimes de discrimination ou, subsidiairement, à nier que les homosexuels soient dignes d'être protégés contre

contend, is a discriminatory purpose. The respondents, on the other hand, argued that there is insufficient evidence of a deliberate discriminatory intent on the part of the Government.

It is, however, unnecessary to decide whether there is evidence of a discriminatory purpose on the part of the provincial government. It is well-established that a finding of discrimination does not depend on an invidious, discriminatory intent (see e.g. *Turpin, supra*, and more recently *Eldridge*, at para. 62). Even unintentional discrimination may violate the *Charter*. In any *Charter* case either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect is sufficient to invalidate the challenged legislation (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 331). Therefore a finding of a discriminatory purpose in this case would merely provide another ground for the conclusion that the law is discriminatory, but is not necessary for that conclusion. In this case, the discriminatory effects of the legislation are sufficient in themselves to establish that there is discrimination in this case.

(ii) Discriminatory Effects of the Exclusion

The effects of the exclusion of sexual orientation from the protected grounds listed in the *IRPA* must be understood in the context of the nature and purpose of the legislation. The *IRPA* is a broad, comprehensive scheme for the protection of individuals from discrimination in the private sector. The preamble of the *IRPA* sets out the purposes and principles underlying the legislation in this manner:

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world; and

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in dignity and rights without regard to race,

la discrimination. Il s'agit selon eux d'un objet discriminatoire. Pour leur part, les intimés font valoir l'insuffisance de la preuve concernant l'intention discriminatoire délibérée du gouvernement.

Il n'est pas nécessaire, toutefois, de statuer sur l'existence d'une preuve établissant l'objet discriminatoire que cherche à réaliser le gouvernement provincial. Il est bien établi que la preuve d'une intention discriminatoire odieuse n'est pas nécessaire pour conclure à l'existence d'une discrimination (voir, p. ex., *Turpin*, précité, et, plus récemment, l'arrêt *Eldridge*, au par. 62). Même une discrimination involontaire peut contrevenir à la *Charte*. Dans toute affaire relative à l'application de celle-ci, un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre suffire à rendre la loi contestée invalide (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 331). Par conséquent, la preuve qu'un objet discriminatoire était poursuivi en l'espèce fournirait simplement un motif supplémentaire de conclure que la loi est discriminatoire, elle ne serait pas nécessaire pour fonder une telle conclusion. Dans la présente affaire, les effets discriminatoires de la loi considérée suffisent en eux-mêmes pour établir l'existence de la discrimination.

(ii) Effets discriminatoires de l'exclusion

Les effets de l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs ouvrant droit à la protection prévue par l'*IRPA* doivent être considérés dans le contexte de la nature et de l'objet du texte législatif. L'*IRPA* crée un régime général et complet pour la protection des individus contre la discrimination dans le secteur privé. Son préambule énumère comme suit les objets et les principes qui la sous-tendent:

[TRADUCTION]

ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de chacun constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que chacun jouisse de la même dignité et des mêmes droits sans égard à la race,

religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin; and

WHEREAS it is fitting that this principle be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those rights of the individual may be protected

95

The commendable goal of the legislation, then, is to affirm and give effect to the principle that all persons are equal in dignity and rights. It prohibits discrimination in a number of areas and with respect to an increasingly expansive list of grounds.

96

The comprehensive nature of the Act must be taken into account in considering the effect of excluding one ground from its protection. It is not as if the Legislature had merely chosen to deal with one type of discrimination. In such a case it might be permissible to target only that specific type of discrimination and not another. This is, I believe, the type of case to which L'Heureux-Dubé J. was referring in the comments she made in *obiter* in her dissenting reasons in *McKinney* (at p. 436): "in my view, if the provinces chose to enact human rights legislation which only prohibited discrimination on the basis of sex, and not age, this legislation could not be held to violate the *Charter*". McClung J.A. in the Alberta Court of Appeal was of the opinion that these comments were binding on the court and compelled the allowance of the appeal. With respect I believe he was mistaken. Those comments contemplated a type of legislation different from that at issue in this case, namely, legislation which seeks to address one specific problem or type of discrimination. The case at bar presents a very different situation. It is concerned with legislation that purports to provide comprehensive protection from discrimination for all individuals in Alberta. The selective exclusion of one group from that comprehensive protection therefore has a very different effect.

97

The first and most obvious effect of the exclusion of sexual orientation is that lesbians or gay men who experience discrimination on the basis of their sexual orientation are denied recourse to the mechanisms set up by the *IRPA* to make a formal

aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine;

ATTENDU QU'il est opportun que ce principe soit consacré par la législature de l'Alberta au moyen d'un texte législatif garantissant ces droits de la personne . . .

L'objectif louable de la loi est donc d'affirmer et de mettre en œuvre le principe selon lequel chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits. La discrimination est interdite dans un certain nombre de domaines et sur le fondement de motifs de plus en plus nombreux.

Le fait que la Loi établit un régime complet doit être pris en considération dans l'analyse de l'effet qu'a l'exclusion d'un motif de distinction illicite. Ce n'est pas comme si la législature avait simplement choisi de s'attaquer à un type de discrimination en particulier. En pareil cas, il aurait pu être acceptable de ne viser que ce type de discrimination, et pas les autres. C'est la situation à laquelle fait allusion, je crois, le juge L'Heureux-Dubé dans les remarques incidentes formulées dans son opinion dissidente dans l'arrêt *McKinney* (à la p. 436): «j'estime que si les provinces choisissaient d'adopter des lois sur les droits de la personne qui n'interdisent que la discrimination fondée sur le sexe et non sur l'âge, on ne pourrait dire que ces lois violent la *Charte*». Le juge McClung de la Cour d'appel de l'Alberta a estimé que ces remarques liaient la cour et l'obligeaient à accueillir l'appel. En toute déférence, je crois qu'il a été induit en erreur. Ces remarques avaient trait à une loi d'un caractère différent de celle qui est contestée en l'espèce, savoir une loi visant un problème ou type particulier de discrimination. Les faits de la présente espèce sont très différents. Le texte législatif incriminé vise à assurer à chacun une protection complète contre la discrimination en Alberta. L'exclusion sélective d'un groupe en particulier de cette protection complète a donc un effet très différent.

Le premier effet, et le plus évident, de l'exclusion de l'orientation sexuelle est que les homosexuels victimes de discrimination fondée sur leur orientation sexuelle n'ont pas accès à la procédure établie par l'*IRPA* pour le dépôt d'une plainte offi-

complaint of discrimination and seek a legal remedy. Thus, the Alberta Human Rights Commission could not hear Vriend's complaint and cannot consider a complaint or take any action on behalf of any person who has suffered discrimination on the ground of sexual orientation. The denial of access to remedial procedures for discrimination on the ground of sexual orientation must have dire and demeaning consequences for those affected. This result is exacerbated both because the option of a civil remedy for discrimination is precluded and by the lack of success that lesbian women and gay men have had in attempting to obtain a remedy for discrimination on the ground of sexual orientation by complaining on other grounds such as sex or marital status. Persons who are discriminated against on the ground of sexual orientation, unlike others protected by the Act, are left without effective legal recourse for the discrimination they have suffered.

It may at first be difficult to recognize the significance of being excluded from the protection of human rights legislation. However it imposes a heavy and disabling burden on those excluded. In *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996), the U.S. Supreme Court observed, at p. 1627:

. . . the [exclusion] imposes a special disability upon those persons alone. Homosexuals are forbidden the safeguards that others enjoy or may seek without constraint. . . . These are protections taken for granted by most people either because they already have them or do not need them; these are protections against exclusion from an almost limitless number of transactions and endeavors that constitute ordinary civic life in a free society.

While that case concerned an explicit exclusion and prohibition of protection from discrimination, the effect produced by the legislation in this case is similar. The denial by legislative omission of protection to individuals who may well be in need of it is just as serious and the consequences just as grave as that resulting from explicit exclusion.

cielle et l'obtention d'une réparation. Ainsi, l'Alberta Human Rights Commission n'a pu connaître de la plainte de M. Vriend et ne peut être saisie de la plainte d'une victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ni prendre quelque mesure que ce soit pour le compte d'une telle personne. Les conséquences tragiques et infamantes que ne peut manquer d'avoir le nonaccès des victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle aux recours prévus par la Loi sont exacerbées tant par l'exclusion de tout recours au civil que par le peu de succès qu'ont eu les homosexuels qui ont tenté d'obtenir réparation pour une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en invoquant d'autres motifs comme le sexe ou l'état matrimonial. Contrairement aux personnes protégées par l'IRPA, les victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sont privées de tout recours juridique efficace à cet égard.

Il peut être difficile de saisir d'emblée l'importance d'être exclu de la protection assurée par une loi sur les droits de la personne. Il en résulte cependant un fardeau lourd qui réduit la capacité des personnes touchées par cette exclusion. Comme l'a fait observer la Cour suprême des États-Unis dans *Romer c. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996), à la p. 1627:

[TRADUCTION] . . . en raison de l'exclusion une incapacité particulière frappe ces seules personnes. Les homosexuels se voient refuser les garanties accordées aux autres ou que les autres peuvent revendiquer sans contrainte. [. . .] Il s'agit d'une protection que la plupart des gens tiennent pour acquise parce qu'ils en bénéficient déjà ou qu'ils n'en ont pas besoin; il s'agit d'une protection contre l'exclusion à l'égard d'un nombre presque illimité de rapports et d'activités dont est faite la vie du citoyen ordinaire dans une société libre.

Bien que cette affaire porte sur un cas explicite d'exclusion du régime de protection contre la discrimination, l'effet de la loi est semblable en l'espèce. Le refus, par la voie d'une omission du législateur, d'accorder la protection à des personnes fort susceptibles d'en avoir besoin est tout aussi grave que l'exclusion explicite du régime de protection, et ses conséquences sont toutes aussi sérieuses.

99

Apart from the immediate effect of the denial of recourse in cases of discrimination, there are other effects which, while perhaps less obvious, are at least as harmful. In *Haig*, the Ontario Court of Appeal based its finding of discrimination on both the “failure to provide an avenue for redress for prejudicial treatment of homosexual members of society” and “the possible inference from the omission that such treatment is acceptable” (p. 503). It can be reasonably inferred that the absence of any legal recourse for discrimination on the ground of sexual orientation perpetuates and even encourages that kind of discrimination. The respondents contend that it cannot be assumed that the “silence” of the *IRPA* reinforces or perpetuates discrimination, since governments “cannot legislate attitudes”. However, this argument seems disingenuous in light of the stated purpose of the *IRPA*, to prevent discrimination. It cannot be claimed that human rights legislation will help to protect individuals from discrimination, and at the same time contend that an exclusion from the legislation will have no effect.

100

However, let us assume, contrary to all reasonable inferences, that exclusion from the *IRPA*'s protection does not actually contribute to a greater incidence of discrimination on the excluded ground. Nonetheless that exclusion, deliberately chosen in the face of clear findings that discrimination on the ground of sexual orientation does exist in society, sends a strong and sinister message. The very fact that sexual orientation is excluded from the *IRPA*, which is the Government's primary statement of policy against discrimination, certainly suggests that discrimination on the ground of sexual orientation is not as serious or as deserving of condemnation as other forms of discrimination. It could well be said that it is tantamount to condoning or even encouraging discrimination against lesbians and gay men. Thus this exclusion clearly gives rise to an effect which constitutes discrimination.

Outre l'effet immédiat de la privation de tout recours en cas de discrimination, il existe d'autres répercussions qui, bien qu'elles puissent être moins évidentes, sont à tout le moins aussi préjudiciables. Dans l'arrêt *Haig*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'exercice d'une discrimination sur le fondement à la fois [TRADUCTION] «de l'omission de prévoir une voie de recours au bénéfice des homosexuels qui sont victimes d'actes préjudiciables» et «du fait que l'omission permet de conclure que de tels actes sont acceptables» (p. 503). Il est plausible que l'absence de tout recours légal en cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle perpétue, voire encourage, ce genre de discrimination. Les intimés soutiennent qu'on ne peut supposer que le «silence» de l'*IRPA* renforce ou perpétue la discrimination, étant donné que l'État «ne peut régir les mentalités». Toutefois, cet argument semble captieux étant donné que l'*IRPA* vise expressément à empêcher la discrimination. On ne peut dire qu'une loi sur les droits de la personne contribuera à protéger les individus contre la discrimination et, en même temps, prétendre qu'une exclusion du bénéfice de la loi n'aura aucun effet.

Cependant, supposons, malgré toutes les conclusions qu'il est raisonnable de tirer, que l'exclusion d'un motif ouvrant droit à la protection prévue par l'*IRPA* n'a pas pour effet d'accroître la discrimination fondée sur ce motif. Cette exclusion, établie délibérément dans un contexte où il est évident que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle existe dans la société, transmet néanmoins un message à la fois clair et sinistre. Le fait même que l'orientation sexuelle ne soit pas un motif de distinction illicite aux termes de l'*IRPA*, laquelle constitue le principal énoncé de politique du gouvernement contre la discrimination, laisse certainement entendre que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'est pas aussi grave ou condamnable que les autres formes de discrimination. On pourrait même soutenir que cela équivaut à tolérer ou même à encourager la discrimination contre les homosexuels. En conséquence, cette exclusion a manifestement un effet qui constitue de la discrimination.

The exclusion sends a message to all Albertans that it is permissible, and perhaps even acceptable, to discriminate against individuals on the basis of their sexual orientation. The effect of that message on gays and lesbians is one whose significance cannot be underestimated. As a practical matter, it tells them that they have no protection from discrimination on the basis of their sexual orientation. Deprived of any legal redress they must accept and live in constant fear of discrimination. These are burdens which are not imposed on heterosexuals.

Perhaps most important is the psychological harm which may ensue from this state of affairs. Fear of discrimination will logically lead to concealment of true identity and this must be harmful to personal confidence and self-esteem. Compounding that effect is the implicit message conveyed by the exclusion, that gays and lesbians, unlike other individuals, are not worthy of protection. This is clearly an example of a distinction which demeans the individual and strengthens and perpetrates the view that gays and lesbians are less worthy of protection as individuals in Canada's society. The potential harm to the dignity and perceived worth of gay and lesbian individuals constitutes a particularly cruel form of discrimination.

Even if the discrimination is experienced at the hands of private individuals, it is the state that denies protection from that discrimination. Thus the adverse effects are particularly invidious. This was recognized in the following statement from *Egan* (at para. 161):

The law confers a significant benefit by providing state recognition of the legitimacy of a particular status. The denial of that recognition may have a serious detrimental effect upon the sense of self-worth and dignity of members of a group because it stigmatizes them. . . . Such legislation would clearly infringe s. 15(1) because its provisions would indicate that the excluded groups were inferior and less deserving of benefits.

L'exclusion envoie à tous les Albertains le message qu'il est permis et, peut-être même, acceptable d'exercer une discrimination à l'égard d'une personne sur le fondement de son orientation sexuelle. On ne saurait sous-estimer l'ampleur des répercussions d'un tel message sur les homosexuels. Sur le plan pratique, ce message leur dit qu'ils ne sont pas protégés contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Privés de tout recours légal, ils doivent accepter la discrimination et craindre constamment d'en être victimes. Il s'agit là de fardeaux que n'ont pas à porter les hétérosexuels.

La souffrance psychologique est peut-être le préjudice le plus important dans de telles circonstances. La crainte d'être victime de discrimination mènera logiquement à la dissimulation de son identité véritable, ce qui nuit certainement à la confiance en soi et à l'estime de soi. S'ajoute à cet effet le message tacite découlant de l'exclusion, savoir que les homosexuels, contrairement aux autres personnes, ne méritent aucune protection. Il s'agit clairement d'une distinction qui avilit la personne et qui renforce et perpétue l'idée voulant que les homosexuels soient des personnes moins dignes de protection au sein de la société canadienne. L'atteinte potentielle à la dignité des homosexuels et à la valeur qu'on leur reconnaît constitue une forme particulièrement cruelle de discrimination.

Même si la discrimination est le fait de particuliers, c'est l'État qui nie toute protection aux victimes. Ainsi, les répercussions défavorables sont particulièrement odieuses. C'est ce qui a été reconnu dans l'extrait suivant de l'arrêt *Egan* (au par. 161):

La loi confère un avantage considérable en attribuant la reconnaissance de l'État à la légitimité d'un statut particulier. Le refus d'une telle reconnaissance risque d'avoir un effet gravement préjudiciable sur le sentiment de valeur personnelle et de dignité des membres d'un groupe car, même s'ils ne subissent aucune perte financière, ils s'en trouvent stigmatisés. [. . .] Une telle loi porterait clairement atteinte au par. 15(1) parce que ses dispositions feraient croire que les groupes exclus sont inférieurs et ne sont pas aussi dignes que les autres de bénéficier des avantages.

101

102

103

This reasoning applies *a fortiori* in a case such as this where the denial of recognition involves something as fundamental as the right to be free from discrimination.

Ce raisonnement s'applique à plus forte raison dans le cas où, comme en l'espèce, le refus de reconnaissance porte sur quelque chose d'aussi fondamental que le droit d'être protégé contre la discrimination.

104 In excluding sexual orientation from the *IRPA*'s protection, the Government has, in effect, stated that "all persons are equal in dignity and rights", except gay men and lesbians. Such a message, even if it is only implicit, must offend s. 15(1), the "section of the *Charter*, more than any other, which recognizes and cherishes the innate human dignity of every individual" (*Egan*, at para. 128). This effect, together with the denial to individuals of any effective legal recourse in the event they are discriminated against on the ground of sexual orientation, amount to a sufficient basis on which to conclude that the distinction created by the exclusion from the *IRPA* constitutes discrimination.

En soustrayant à l'application de l'*IRPA* la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, le gouvernement a, dans les faits, affirmé que «chacun joui[t] de la même dignité et des mêmes droits», sauf les homosexuels. Un tel message, même s'il n'est que tacite, ne peut que violer le par. 15(1), la «disposition de la *Charte*, plus que toute autre, qui reconnaît et défend la dignité humaine innée de chacun» (*Egan*, au par. 128). Cet effet, combiné à la privation de tout recours juridique efficace en cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, suffit pour conclure que la distinction créée par l'exclusion de l'*IRPA* constitue une discrimination.

4. "Mirror" Argument

4. L'argument relatif au «reflet»

105 The respondents take the position that if the appellants are successful, the result will be that human rights legislation will always have to "mirror" the *Charter* by including all of the enumerated and analogous grounds of the *Charter*. This would have the undesirable result of unduly constraining legislative choice and allowing the *Charter* to indirectly regulate private conduct, which should be left to the legislatures.

Les intimés font valoir que si les appelants ont gain de cause, toute loi sur les droits de la personne devra toujours être le «reflet» de la *Charte* et prévoir tous les motifs énumérés dans celle-ci, de même que les motifs analogues. Un tel résultat n'est pas souhaitable selon eux parce que ce serait restreindre indûment les choix du législateur et permettre que la *Charte* régisse indirectement l'activité privée, laquelle devrait continuer de ressortir aux législatures.

106 It is true that if the appellants' position is accepted, the result might be that the omission of one of the enumerated or analogous grounds from key provisions in comprehensive human rights legislation would always be vulnerable to constitutional challenge. It is not necessary to deal with the question since it is simply not true that human rights legislation will be forced to "mirror" the *Charter* in all cases. By virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, the *Charter* is part of the "supreme law of Canada", and so, human rights legislation, like all other legislation in Canada, must conform to its requirements. However, the

Il est vrai que si les prétentions des appelants sont acceptées, l'omission de l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou des motifs analogues dans les dispositions clés d'une loi d'ensemble sur les droits de la personne serait toujours susceptible d'être contestée sur le plan constitutionnel. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'examiner la question car il n'est tout simplement pas exact de dire que les dispositions sur les droits de la personne devront toujours être l'exact «reflet» de la *Charte*. Aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la *Charte* fait partie de la «loi suprême du Canada», de sorte que les dispositions relatives aux

notion of “mirroring” is too simplistic. Whether an omission is unconstitutional must be assessed in each case, taking into account the nature of the exclusion, the type of legislation, and the context in which it was enacted. The determination of whether a particular exclusion complies with s. 15 of the *Charter* would not be made through the mechanical application of any “mirroring” principle, but rather, as in all other cases, by determining whether the exclusion was proven to be discriminatory in its specific context and whether the discrimination could be justified under s. 1. If a provincial legislature chooses to take legislative measures which do not include all of the enumerated and analogous grounds of the *Charter*, deference may be shown to this choice, so long as the tests for justification under s. 1, including rational connection, are satisfied.

5. Conclusion Regarding Section 15

In summary, this Court has no choice but to conclude that the *IRPA*, by reason of the omission of sexual orientation as a protected ground, clearly violates s. 15 of the *Charter*. The *IRPA* in its underinclusive state creates a distinction which results in the denial of the equal benefit and protection of the law on the basis of sexual orientation, a personal characteristic which has been found to be analogous to the grounds enumerated in s. 15. This, in itself, would be sufficient to conclude that discrimination is present and therefore there is a violation of s. 15. The serious discriminatory effects of the exclusion of sexual orientation from the Act reinforce this conclusion. As a result, it is clear that the *IRPA*, as it stands, violates the equality rights of the appellant Vriend and of other gays and lesbians. It is therefore necessary to determine whether this violation can be justified under s. 1. This analysis will be undertaken by my colleague.

droits de la personne, à l’instar de toute autre loi au Canada, doivent se conformer à ses exigences. Cependant, la notion de «reflet» est trop simpliste. La constitutionnalité d’une omission doit être évaluée en fonction des faits de chaque espèce, compte tenu de la nature de l’exclusion et de la loi en cause, ainsi que du contexte dans lequel cette dernière a été adoptée. La détermination de la conformité d’une exclusion donnée à l’art. 15 de la *Charte* ne consiste pas à appliquer, de façon mécanique, un principe de reflet, mais plutôt, comme c’est le cas pour toute autre mesure, à se demander si l’exclusion s’avère discriminatoire dans son contexte particulier et si la discrimination peut être justifiée conformément à l’article premier. Les tribunaux pourront faire preuve de retenue à l’égard du choix d’un législateur provincial qui décide de prendre des mesures législatives qui n’incluent pas tous les motifs énumérés de la *Charte* ou les motifs analogues dans la mesure où il est satisfait aux critères de justification de l’article premier, y compris le critère du lien rationnel.

5. Conclusion concernant l’art. 15

En résumé, notre Cour n’a d’autre choix que de conclure qu’étant donné l’omission de l’orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, l’*IRPA* viole manifestement l’art. 15 de la *Charte*. De par sa portée trop limitative, l’*IRPA* crée une distinction qui conduit à la négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi sur le fondement de l’orientation sexuelle, caractéristique personnelle reconnue comme étant analogue aux motifs énumérés à l’art. 15. En soi, cela suffirait pour conclure qu’il y a discrimination et, partant, violation de l’art. 15. Les effets discriminatoires graves de l’exclusion de l’orientation sexuelle de la Loi renforcent cette conclusion. En conséquence, l’*IRPA*, dans sa version actuelle, viole de toute évidence les droits à l’égalité de l’appellant Vriend et des autres homosexuels. Il est donc nécessaire de décider si cette violation peut être justifiée conformément à l’article premier, analyse à laquelle procédera mon collègue.

IACOBUCCI J.I. AnalysisA. Section 1 of the Charter

108

Section 1 of the *Charter* guarantees the rights and freedoms set out therein, but allows for *Charter* infringements provided that the state can establish that they are reasonably justifiable in a free and democratic society. The analytical framework for determining whether a statutory provision is a reasonable limit on a *Charter* right or freedom has been set out many times since it was first established in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It was recently restated in *Egan, supra*, at para. 182, which was quoted with approval in *Eldridge, supra*, at para. 84:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable.

1. Pressing and Substantial Objective

109

The appellants note that the jurisprudence is somewhat divided with respect to the proper focus of the analysis at this stage of the s. 1 inquiry. While some authorities have examined the purpose of the legislation in its entirety (see e.g. *Miron, supra*; *Egan, supra*), others have considered only the purpose of the limitation that allegedly infringes the *Charter* (see e.g. *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, per McLachlin J.; *McKinney, supra*).

LE JUGE IACOBUCCII. AnalyseA. L'article premier de la Charte

L'article premier de la *Charte* garantit les droits et libertés énoncés dans ce texte de loi, mais prévoit qu'il peut y être porté atteinte dans la mesure où l'État peut démontrer que la violation est raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique. Le cadre analytique servant à déterminer si une disposition législative constitue une limite raisonnable apportée à une liberté ou à un droit garantis par la *Charte* a été exposé à maintes reprises depuis qu'il a été énoncé la première fois dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le dernier exposé qui en a été fait dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 182, a été cité et approuvé dans l'arrêt *Eldridge*, précité, au par. 84:

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera valide à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier.

1. Objectif urgent et réel

Les appelants font observer que la jurisprudence paraît quelque peu divisée sur la portée de l'examen qu'il convient d'effectuer à cette étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans certaines décisions, en effet, la Cour a examiné l'objet de la loi prise dans son ensemble (notamment dans les arrêts *Miron* et *Egan*, précités), tandis que dans d'autres, seul l'objectif de la disposition limitative censée enfreindre la *Charte* a fait l'objet d'un examen (voir, par ex., les arrêts *RJR-MacDonald Inc.*

In my view, where, as here, a law has been found to violate the *Charter* owing to underinclusion, the legislation as a whole, the impugned provisions, and the omission itself are all properly considered.

Section 1 of the *Charter* states that it is the limits on *Charter* rights and freedoms that must be demonstrably justified in a free and democratic society. It follows that under the first part of the *Oakes* test, the analysis must focus upon the objective of the impugned limitation, or in this case, the omission. Indeed, in *Oakes*, *supra*, at p. 138, Dickson C.J. noted that it was the objective “which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve” (emphasis added) that must be pressing and substantial.

However, in my opinion, the objective of the omission cannot be fully understood in isolation. It seems to me that some consideration must also be given to both the purposes of the Act as a whole and the specific impugned provisions so as to give the objective of the omission the context that is necessary for a more complete understanding of its operation in the broader scheme of the legislation.

Applying these principles to the case at bar, the preamble of the *IRPA* suggests that the object of the Act in its entirety is the recognition and protection of the inherent dignity and inalienable rights of Albertans through the elimination of discriminatory practices. Clearly, the protection of human rights in our society is a laudable goal and is aptly described as pressing and substantial. As to the impugned provisions, their objective can generally be described as the protection against discrimination for Albertans belonging to specific groups in various settings, for example, employment and accommodation. This too is properly regarded as a pressing and substantial objective.

c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199, le juge McLachlin, et *McKinney*, précité). À mon avis, lorsque, comme en l’espèce, une loi est jugée contraire à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c’est tout à la fois la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l’omission elle-même qu’il y a lieu de prendre en compte.

L’article premier de la *Charte* dispose que ce sont les restrictions apportées aux droits et libertés qui y sont garantis dont la justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Il s’ensuit que suivant la première partie du critère de l’arrêt *Oakes*, l’analyse doit être axée sur l’objectif de la restriction contestée ou, en l’occurrence, de l’omission. De fait, dans l’arrêt *Oakes*, précité, à la p. 138, le juge en chef Dickson a souligné que c’était l’objectif «que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*» (je souligne) qui devait être urgent et réel.

À mon avis, toutefois, on ne peut appréhender pleinement l’objectif visé par l’omission si on l’analyse isolément. Il me semble qu’il faut prendre également en considération tant les objets de la Loi dans son ensemble que les dispositions particulières contestées, de façon à situer l’objectif de l’omission dans un contexte permettant d’en mieux saisir le sens eu égard à l’économie générale de la loi.

Appliquons ces principes à la présente espèce. Le préambule de l’*IRPA* donne à entendre que, dans son ensemble, la Loi vise à reconnaître et à protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des citoyens de l’Alberta par l’élimination des pratiques discriminatoires. Dans notre société, la protection des droits de la personne est certainement un objectif louable qu’on peut à bon droit qualifier d’urgent et de réel. Pour ce qui est des dispositions contestées, on peut dire que de manière générale leur objectif est la protection des Albertains appartenant à des groupes déterminés contre la discrimination exercée dans divers domaines, tel l’emploi et l’hébergement. Cet objectif peut à juste titre être également considéré comme un objectif urgent et réel.

110

111

112

113

Against this backdrop, what can be said of the objective of the omission? The respondents submit that only the overall goal of the Act need be examined and offer no direct submissions in answer to this question. In the Court of Appeal, absent any evidence on this point, Hunt J.A. relied on the factum of the respondents from which she gleaned several possible reasons why, when the matter was debated by the Alberta Legislature in 1985 and considered at various other times, a decision was made not to add sexual orientation to the *IRPA*. Some of these same reasons appear in the factum that the respondents have submitted to this Court and include the following:

- The *IRPA* is inadequate to address some of the concerns expressed by the homosexual community (e.g. parental acceptance) (paragraph 57);
- Attitudes cannot be changed by order of the Human Rights Commission (paragraph 57);
- Despite the Minister asking for examples which would be ameliorated by the inclusion of sexual orientation in the *IRPA* (e.g. employment), only a few illustrations were provided (paragraph 57);
- Codification of marginal grounds which affect few persons raises objections from larger numbers of others, adding to the number of exemptions that would have been needed to satisfy both groups (paragraph 66).

114

In my view, although these statements go some distance toward explaining the Legislature's choice to exclude sexual orientation from the *IRPA*, this is not the type of evidence required under the first step of the *Oakes* test. At the first stage of that test, the government is asked to demonstrate that the "objective" of the omission is pressing and substantial. An "objective", being a goal or a purpose to be achieved, is a very different concept from an "explanation" which makes plain that which is not immediately obvious. In my opin-

Avec cette toile de fond, que dire de l'objectif de l'omission? Les intimés soutiennent qu'il ne faut examiner que l'objectif d'ensemble de la Loi, et leur argumentation ne permet pas de répondre directement à cette question. En cour d'appel, faute de preuve sur ce point, le juge Hunt s'est fondée sur le mémoire des intimés. Elle en a dégagé plusieurs raisons pouvant expliquer pourquoi, lorsque la question a été débattue par la législature de l'Alberta en 1985 et examinée à diverses autres occasions, on a décidé de ne pas ajouter l'orientation sexuelle dans l'*IRPA*. Les intimés ont repris certaines de ces raisons dans le mémoire qu'ils ont présenté à notre Cour, dont les suivantes:

- L'*IRPA* n'offre pas le cadre approprié pour répondre à certaines des préoccupations exprimées par la communauté homosexuelle (par ex. l'acceptation parentale) (paragraphe 57);
- Ce n'est pas une ordonnance de la Commission des droits de la personne qui peut changer les attitudes (paragraphe 57);
- Bien que le ministre ait demandé qu'on lui donne des exemples de cas où l'inclusion de l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* (par ex. en matière d'emploi) pourrait apporter une amélioration, seuls quelques cas lui ont été fournis (paragraphe 57);
- La codification de motifs marginaux touchant un petit nombre de personnes soulève des objections de la part de groupes numériquement supérieurs, ce qui ajoute au nombre des exemptions qui seraient nécessaires pour satisfaire les deux groupes (paragraphe 66).

Bien que ces énoncés contribuent, dans une certaine mesure, à expliquer le choix du législateur d'exclure l'orientation sexuelle de l'*IRPA*, ce n'est pas, à mon sens, le type de preuve qu'il faut faire dans le cadre de la première étape du critère de *Oakes*. À cette première étape, le gouvernement doit démontrer que l'«objectif» de l'omission est urgent et réel. Or, la notion d'«objectif», savoir un but ou un objet à atteindre, est très différente de la notion d'«explication», qui signifie rendre clair ce qui n'apparaît pas évident d'emblée. À mon avis,

ion, the above statements fall into the latter category and hence are of little help.

In his reasons for judgment, McClung J.A. alludes to “moral” considerations that likely informed the Legislature’s choice. However, even if such considerations could be said to amount to a pressing and substantial objective (a position which I find difficult to accept in this case), I note that it is well established that the onus of justifying a *Charter* infringement rests on the government (see e.g. *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*). In the absence of any submissions regarding the pressing and substantial nature of the objective of the omission, the respondents have failed to discharge their evidentiary burden, and thus, I conclude that their case must fail at this first stage of the s. 1 analysis.

Often, the objective of an omission is discernible from the Act as a whole. Where it is not, one can look to the effects of the omission. Even if I were to put the evidentiary burden aside in an attempt to discover an objective for the omission from the provisions of the *IRPA*, in my view, the result would be the same. As I noted above, the overall goal of the *IRPA* is the protection of the dignity and rights of all persons living in Alberta. The exclusion of sexual orientation from the Act effectively denies gay men and lesbians such protection. In my view, where, as here, a legislative omission is on its face the very antithesis of the principles embodied in the legislation as a whole, the Act itself cannot be said to indicate any discernible objective for the omission that might be described as pressing and substantial so as to justify overriding constitutionally protected rights. Thus, on either analysis, the respondents’ case fails at the initial step of the *Oakes* test.

2. Proportionality Analysis

(a) *Rational Connection*

On the basis of my conclusion above, it is not necessary to analyse the second part of the *Oakes* test to dispose of this appeal. However, to deal

les énoncés susmentionnés relèvent de la dernière catégorie et ne sont donc pas d’un grand secours.

Dans ses motifs, le juge McClung fait allusion aux considérations «morales» qui ont vraisemblablement guidé le choix du législateur. Toutefois, même si ces considérations pouvaient être qualifiées d’urgentes et réelles (opinion difficilement acceptable à mon sens en l’espèce), je souligne que, selon une jurisprudence constante, c’est au gouvernement qu’incombe la responsabilité de justifier la violation de la *Charte* (voir par ex. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité). Vu l’absence d’observations quant à la nature urgente et réelle de l’objectif de l’omission, les intimés ne se sont pas déchargés de leur fardeau de preuve et j’en conclus qu’ils n’ont pas réussi à franchir cette première étape de l’analyse fondée sur l’article premier.

L’objectif d’une omission se dégage souvent de la Loi considérée dans son ensemble. Dans le cas contraire, l’on peut examiner les effets de l’omission. Toutefois, même si j’écarterais la question du fardeau de la preuve pour tenter de discerner l’objectif de l’omission dans les dispositions de l’*IRPA*, le résultat serait à mon avis le même. Comme je l’ai indiqué précédemment, le but général de l’*IRPA* est la protection de la dignité et des droits de tous les habitants de l’Alberta. Or, l’exclusion de l’orientation sexuelle nie de fait cette protection aux homosexuels. À mon sens, lorsque, comme en l’espèce, une omission du législateur est à première vue l’antithèse des principes qu’incarne le texte dans son ensemble, on ne peut dire que l’omission correspond à un objectif qui ressort de la Loi elle-même et qui serait urgent et réel, de telle sorte que soit justifiée une dérogation à des droits constitutionnellement protégés. Donc, suivant l’une ou l’autre analyse, les intimés échouent à l’étape initiale du critère de l’arrêt *Oakes*.

2. Évaluation de la proportionnalité

a) *Lien rationnel*

Compte tenu de la conclusion que je viens de tirer, il n’est pas nécessaire d’analyser la seconde partie du critère de l’arrêt *Oakes* pour trancher le

115

116

117

with this matter more fully, I will go on to consider the remainder of the test. I will assume, solely for the sake of the analysis, that the respondents correctly argued that where the objective of the whole of the legislation is pressing and substantial, this is sufficient to satisfy the first stage of the inquiry under s. 1 of the *Charter*.

118 At the second stage of the *Oakes* test, the preliminary inquiry is a consideration of the rationality of the impugned provisions (*Oakes, supra*, at p. 141). The party invoking s. 1 must demonstrate that a rational connection exists between the objective of the provisions under attack and the measures that have been adopted. Thus, in the case at bar, it falls to the Legislature to show that there is a rational connection between the goal of protection against discrimination for Albertans belonging to specific groups in various settings, and the exclusion of gay men and lesbians from the impugned provisions of the *IRPA*.

119 Far from being rationally connected to the objective of the impugned provisions, the exclusion of sexual orientation from the Act is antithetical to that goal. Indeed, it would be nonsensical to say that the goal of protecting persons from discrimination is rationally connected to, or advanced by, denying such protection to a group which this Court has recognized as historically disadvantaged (see *Egan, supra*).

120 However, relying on the reasons of Sopinka J. in *Egan*, the respondents submit that a rational connection to the purpose of a statute can be achieved through the use of incremental means which, over time, expand the scope of the legislation to all those whom the legislature determines to be in need of statutory protection. The respondents further suggest that the legislative history of the *IRPA* demonstrates a pattern of progressive incrementalism sufficient to meet the Government's onus under the rational connection stage of the *Oakes*

présent pourvoi. Toutefois, pour analyser cette question plus avant, j'examinerai les autres aspects du critère. Je présume, uniquement aux fins de l'analyse, que les intimés ont prétendu à bon droit que lorsque le texte législatif dans son ensemble vise un objectif urgent et réel, cela suffit à satisfaire à la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*.

À la seconde étape du critère de l'arrêt *Oakes*, l'examen préliminaire porte sur la rationalité des dispositions contestées (*Oakes*, précité, à la p. 141). La partie invoquant l'article premier doit établir qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif des dispositions attaquées et les mesures qui ont été adoptées. En l'espèce, il incombe donc au législateur de prouver qu'il y a un lien rationnel entre d'une part le but à atteindre, soit la protection des Albertains appartenant à des groupes déterminés contre la discrimination exercée dans divers domaines, et d'autre part l'exclusion des homosexuels des dispositions contestées de l'*IRPA*.

Loin d'être rationnellement liée à l'objectif des dispositions contestées, l'exclusion de l'orientation sexuelle en est l'antithèse. Il serait absurde, en vérité, d'affirmer qu'il existe un lien rationnel entre la protection contre la discrimination et le refus d'accorder cette même protection à un groupe qui, d'après la jurisprudence de notre Cour, a été victime d'un désavantage historique (voir l'arrêt *Egan*, précité), ou de soutenir que l'objectif de protection peut être atteint de cette façon.

Les intimés, toutefois, s'appuyant sur les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Egan*, soutiennent que le lien rationnel peut s'établir de façon graduelle, par élargissement progressif de la portée de la loi, de façon que celle-ci s'applique avec le temps à tous ceux qui, d'après le législateur, ont besoin de protection législative. Les intimés affirment en outre que l'historique de l'*IRPA* montre l'existence d'un élargissement progressif permettant au gouvernement de s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombe à l'étape relative au lien rationnel

test. In my view, this argument cannot be sustained.

The incrementalism approach was advocated in *Egan* by Sopinka J. in a context very different from that in the case at bar. Firstly, in *Egan*, where the concern was the exclusion of same-sex couples from the *Old Age Security Act's* definition of the term "spouse", the Attorney General took the position that more acceptable arrangements could be worked out over time. In contrast, in the present case, the inclusion of sexual orientation in the *IRPA* has been repeatedly rejected by the Alberta Legislature. Thus, it is difficult to see how any form of "incrementalism" is being applied with regard to the protection of the rights of gay men and lesbians. Secondly, in *Egan* there was considerable concern regarding the financial impact of extending a benefits scheme to a previously excluded group. Including sexual orientation in the *IRPA* does not give rise to the same concerns. Indeed, the trial judge, despite the absence of evidence on this matter, assumed that the budgetary impact on the Human Rights Commission would not be substantial enough to change the scheme of the legislation. Having not heard anything persuasive to the contrary, I am prepared to make this same assumption.

In addition, in *Egan*, writing on behalf of myself and Cory J., I took the position that the need for governmental incrementalism was an inappropriate justification for *Charter* violations. I remain convinced that this approach is generally not suitable for that purpose, especially where, as here, the statute in issue is a comprehensive code of human rights provisions. In my opinion, groups that have historically been the target of discrimination cannot be expected to wait patiently for the protection of their human dignity and equal rights while governments move toward reform one step at a time. If the infringement of the rights and freedoms of these groups is permitted to persist while governments fail to pursue equality diligently, then the

de l'application du critère établi dans l'arrêt *Oakes*. Selon moi, cet argument n'est pas fondé.

Le contexte ayant amené le juge Sopinka à préconiser la formule graduelle dans l'arrêt *Egan* diffère passablement de la présente situation. Premièrement, dans cette affaire portant sur l'exclusion des couples de même sexe de la définition du terme «conjoint» énoncée dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, le procureur général avait soutenu qu'il était possible de parvenir, avec le temps, à des solutions plus acceptables. En l'espèce, par contre, la législature de l'Alberta a refusé à maintes reprises d'ajouter l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination interdits par l'*IRPA*. Il est difficile d'y voir une progression graduelle de la protection des droits des homosexuels. Deuxièmement, on s'était beaucoup intéressé, dans l'affaire *Egan*, à la question des répercussions financières qu'entraînerait l'application d'un régime de prestations à un groupe auparavant exclu. L'ajout de l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* ne suscite pas les mêmes préoccupations. En fait, le juge de première instance a tenu pour acquis, malgré l'absence de preuve sur ce point, que les conséquences de cet ajout sur le budget de la Human Rights Commission ne seraient pas assez importantes pour modifier l'économie de la Loi. Comme on ne m'a pas convaincu du contraire, j'incline à tirer la même conclusion.

En outre, j'ai exprimé l'opinion, dans les motifs que j'ai exposés en mon nom et au nom du juge Cory dans l'arrêt *Egan*, que la nécessité pour le gouvernement de procéder par étape ne pouvait justifier une violation de la *Charte*. Je demeure convaincu que cette approche ne convient pas en général, surtout lorsque la loi en cause est, comme en l'espèce, un code complet des droits de la personne. À mon avis, on ne peut demander à des groupes qui sont depuis longtemps victimes de discrimination d'attendre patiemment que les gouvernements en viennent, étape par étape, à protéger leur dignité et leur droit à l'égalité. Si on tolère que les atteintes aux droits et aux libertés de ces groupes se poursuivent pendant que les gouverne-

guarantees of the *Charter* will be reduced to little more than empty words.

(b) *Minimal Impairment*

123 The respondents contend that an *IRPA* which is silent as to sexual orientation minimally impairs the appellants' s. 15 rights. The *IRPA* is alleged to be the type of social policy legislation that requires the Alberta Legislature to mediate between competing groups. It is suggested that the competing interests in the present case are religious freedom and homosexuality. Relying upon Sopinka J.'s reasons in *Egan*, the respondents advocate judicial deference in these circumstances. I reject these submissions for several reasons.

124 To begin, I cannot accede to the suggestion that the Alberta Legislature has been cast in the role of mediator between competing groups. To the extent that there may be a conflict between religious freedom and the protection of gay men and lesbians, the *IRPA* contains internal mechanisms for balancing these rival concerns. Section 11.1 of the *IRPA* provides a defence where the discrimination was "reasonable and justifiable in the circumstances". In addition, ss. 7(3) and 8(2) excuse discrimination which can be linked to a *bona fide* occupational requirement. The balancing provisions ensure that no conferral of rights is absolute. Rather, rights are recognized in tandem, with no one right being automatically paramount to another.

125 Given the presence of the internal balancing mechanisms, the argument that the Government's choices regarding the conferral of rights are constrained by its role as mediator between competing concerns cannot be sustained. The Alberta Legislature is not being asked to abandon the role of mediator. Rather, by virtue of the provisions of the *IRPA*, this is a task which is carried out as the Act is applied on a case-by-case basis in specific factual contexts. Thus, in the present case it is no answer to say that rights cannot be conferred upon one group because of a conflict with the rights of

ments négligent de prendre des mesures diligentes pour réaliser l'égalité, les garanties inscrites dans la *Charte* ne seront guère plus que des vœux pieux.

b) *Atteinte minimale*

Les intimés prétendent que l'*IRPA*, qui ne fait pas mention de l'orientation sexuelle, porte le moins possible atteinte aux droits des appelants garantis par l'art. 15. Selon eux, l'*IRPA* est un instrument législatif de politique sociale qui requiert de la législature de l'Alberta qu'elle agisse comme arbitre des revendications de groupes opposés. Ils affirment que les intérêts opposés en cause sont la liberté de religion et l'homosexualité. Invoquant les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Egan*, les intimés exhortent la Cour à faire preuve de retenue judiciaire. Plusieurs raisons s'opposent à ce que je me rende à leurs arguments.

D'abord, je ne puis souscrire à l'opinion selon laquelle la législature de l'Alberta assume un rôle d'arbitre entre des groupes opposés. Si tant est qu'il y ait conflit entre la liberté de religion et la protection des homosexuels, l'*IRPA* renferme des mécanismes permettant de pondérer ces intérêts rivaux. En effet, l'art. 11.1 de l'*IRPA* prévoit un moyen de défense lorsque la discrimination est [TRADUCTION] «raisonnable et justifiable dans les circonstances», et les par. 7(3) et 8(2) excusent la discrimination lorsqu'elle se rattache à une exigence professionnelle justifiée. Ces dispositions de pondération font en sorte qu'aucun des droits conférés n'est absolu. Les droits sont reconnus les uns par rapport aux autres, et aucun n'a automatiquement préséance sur un autre.

Étant donné l'existence de ces mécanismes internes de pondération, l'argument voulant que le rôle d'arbitre entre des intérêts opposés que joue le gouvernement réduit les options qui lui sont ouvertes en matière d'octroi de droits ne saurait être retenu. Il ne s'agit pas de demander à la législature de l'Alberta de renoncer à son rôle de médiateur. En vertu de l'*IRPA*, cette tâche doit plutôt être accomplie, au cas par cas, en fonction des faits de chaque affaire. En l'espèce, par conséquent, il n'est pas fondé d'affirmer que des droits ne peuvent être conférés à un groupe en raison

others. A complete solution to any such conflict already exists within the legislation.

In any event, although this Court has recognized that the Legislatures ought to be accorded some leeway when making choices between competing social concerns (see e.g. *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Egan, supra, per Sopinka J.*), judicial deference is not without limits. In *Eldridge, supra*, La Forest J. quoted with approval from his reasons in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 44, wherein he stated that “the deference that will be accorded to the government when legislating in these matters does not give them an unrestricted licence to disregard an individual’s *Charter* rights”. This position was echoed by McLachlin J. in *RJR-MacDonald, supra*, at para. 136:

... care must be taken not to extend the notion of deference too far. Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament’s choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament’s view simply on the basis that the problem is serious and the solution is difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded.

In the present case, the Government of Alberta has failed to demonstrate that it had a reasonable basis for excluding sexual orientation from the *IRPA*. Gay men and lesbians do not have any, much less equal, protection against discrimination on the basis of sexual orientation under the *IRPA*. The exclusion constitutes total, not minimal, impairment of the *Charter* guarantee of equality.

d’un conflit avec les droits des autres. La Loi prévoit déjà la façon de régler de tels conflits.

Quoi qu’il en soit, même si notre Cour a reconnu que le législateur doit jouir d’une certaine latitude lorsqu’il fait des choix entre des intérêts sociaux divergents (voir les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Egan*, précité, le juge Sopinka), le principe de la retenue judiciaire n’est pas sans limite. Dans l’arrêt *Eldridge*, précité, le juge La Forest a repris les motifs qu’il avait prononcés dans l’arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 44, et dans lesquels il affirmait que «la retenue dont il sera fait preuve à l’égard du gouvernement qui légifère en ces matières ne lui permet pas d’enfreindre en toute impunité les droits dont bénéficie un individu en vertu de la *Charte*». Le juge McLachlin a fait écho à cette position dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, au par. 136:

... il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le respect porté ne doit pas aller jusqu’au point de libérer le gouvernement de l’obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu’il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle: choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle: déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s’inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n’ont pas plus le droit que le Parlement d’abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l’intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s’ils portaient le respect jusqu’au point d’accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.

En l’espèce, le gouvernement de l’Alberta n’a pas démontré qu’il avait un motif raisonnable d’exclure l’orientation sexuelle de l’*IRPA*. Cette loi ne confère aux homosexuels aucune protection contre la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle, et encore moins une protection égale. Une telle exclusion constitue une atteinte intégrale, et non minimale, à la garantie d’égalité énoncée

In these circumstances, the call for judicial deference is inappropriate.

(c) *Proportionality Between the Effect of the Measure and the Objective of the Legislation*

128 The respondents did not address this third element of the proportionality requirement. However, in my view, the deleterious effects of the exclusion of sexual orientation from the *IRPA*, as noted by Cory J., are numerous and clear. As the Alberta Government has failed to demonstrate any salutary effect of the exclusion in promoting and protecting human rights, I cannot accept that there is any proportionality between the attainment of the legislative goal and the infringement of the appellants' equality rights. I conclude that the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* does not meet the requirements of the *Oakes* test and accordingly, it cannot be saved under s. 1 of the *Charter*.

II. Remedy

A. *Introduction: The Relationship Between the Legislatures and the Courts Under the Charter*

129 Having found the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* to be an unjustifiable violation of the appellants' equality rights, I now turn to the question of remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Before discussing the jurisprudence on remedies, I believe it might be helpful to pause to reflect more broadly on the general issue of the relationship between legislatures and the courts in the age of the *Charter*.

130 Much was made in argument before us about the inadvisability of the Court interfering with or otherwise meddling in what is regarded as the proper role of the legislature, which in this case was to decide whether or not sexual orientation would be added to Alberta's human rights legislation. Indeed, it seems that hardly a day goes by without some comment or criticism to the effect that under

par la *Charte*. Dans ces circonstances, il ne convient pas d'invoquer le principe de la retenue judiciaire.

c) *Proportionnalité entre l'effet de la mesure et l'objectif de la loi*

Les intimés n'ont pas abordé ce troisième élément de l'exigence relative à la proportionnalité. J'estime toutefois que les effets néfastes de l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* sont, ainsi que le juge Cory l'a mentionné, nombreux et clairs. Comme le gouvernement de l'Alberta n'a pas établi quels bienfaits cette exclusion apportait à la promotion et à la protection des droits de la personne, je ne puis conclure à l'existence d'une quelconque proportionnalité entre l'atteinte de l'objectif législatif et la violation des droits à l'égalité des appelants. Je suis donc d'avis que l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* ne satisfait pas aux exigences du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* et qu'elle ne peut, en conséquence, être justifiée en vertu de l'article premier.

II. Réparation

A. *Introduction: la relation entre le législateur et les tribunaux sous le régime de la Charte*

Vu ma conclusion selon laquelle l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* contrevient de façon injustifiable aux droits des appelants à l'égalité, j'aborde maintenant la question de la réparation à accorder sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il pourrait être utile, avant d'analyser la jurisprudence en cette matière, d'approfondir la question plus générale de la relation existant entre le législateur et les tribunaux à l'ère de la *Charte*.

On a soutenu avec insistance, au cours de l'argumentation, qu'il n'était pas souhaitable que la Cour intervienne ou s'immisce autrement dans ce qui est considéré comme le rôle propre du législateur, savoir, en l'espèce, trancher la question de l'ajout de l'orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination interdits par la loi albertaine relative aux droits de la personne. De fait, il

the *Charter* courts are wrongfully usurping the role of the legislatures. I believe this allegation misunderstands what took place and what was intended when our country adopted the *Charter* in 1981-82.

When the *Charter* was introduced, Canada went, in the words of former Chief Justice Brian Dickson, from a system of Parliamentary supremacy to constitutional supremacy (“Keynote Address”, in *The Cambridge Lectures 1985* (1985), at pp. 3-4). Simply put, each Canadian was given individual rights and freedoms which no government or legislature could take away. However, as rights and freedoms are not absolute, governments and legislatures could justify the qualification or infringement of these constitutional rights under s. 1 as I previously discussed. Inevitably disputes over the meaning of the rights and their justification would have to be settled and here the role of the judiciary enters to resolve these disputes. Many countries have assigned the important role of judicial review to their supreme or constitutional courts (for an excellent analysis on these developments see D. M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994); B. Ackerman, “The Rise of World Constitutionalism” (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771).

We should recall that it was the deliberate choice of our provincial and federal legislatures in adopting the *Charter* to assign an interpretive role to the courts and to command them under s. 52 to declare unconstitutional legislation invalid.

However, giving courts the power and commandment to invalidate legislation where necessary has not eliminated the debate over the “legitimacy” of courts taking such action. As eloquently put by A. M. Bickel in his outstanding work *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2nd ed. 1986), “it thwarts the will of representatives of the . . . people” (p. 17). So judicial review, it is alleged, is illegitimate

se passe rarement une journée, semble-t-il, sans qu’on entende des commentaires ou des critiques selon lesquels la *Charte* permet aux tribunaux d’usurper le rôle du législateur. Je crois que ces propos reflètent une méconnaissance de ce qui s’est passé et de ce que l’on cherchait à accomplir quand notre pays a adopté la *Charte* en 1981-1982.

Lorsque la *Charte* a été introduite, le Canada est passé du système de la suprématie parlementaire à celui de la suprématie constitutionnelle, pour reprendre les propos de l’ancien juge en chef Brian Dickson («Keynote Address», dans *The Cambridge Lectures 1985* (1985), aux pp. 3 et 4). Plus simplement, chaque citoyen canadien a reçu des droits et des libertés qu’aucun gouvernement ni aucune législature ne pouvait lui reprendre. Ces droits et libertés n’étant pas absolus, toutefois, les gouvernements et les législatures pouvaient justifier la restriction ou la violation de ces droits constitutionnels en conformité avec l’article premier, ainsi que je l’ai déjà expliqué. Il était inévitable que surgissent des litiges concernant la portée des droits et leur justification et que les tribunaux soient appelés à les régler. Dans de nombreux pays, l’importante tâche de la révision judiciaire a été confiée à la cour suprême ou à la cour constitutionnelle (pour une excellente analyse de cette tendance nouvelle, voir D. M. Beatty, dir., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994); B. Ackerman, «The Rise of World Constitutionalism» (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771).

Souvenons-nous que les législatures provinciales et le Parlement ont volontairement décidé, en adoptant la *Charte*, de confier un rôle interprétatif aux tribunaux et de leur prescrire, sous le régime de l’art. 52, de déclarer invalides les lois inconstitutionnelles.

Toutefois, le fait de conférer aux tribunaux le pouvoir et l’obligation d’invalider des lois lorsque cela était nécessaire n’a pas éliminé le débat entourant la «légitimité» d’une telle action par les tribunaux. Comme A. M. Bickel l’exprime éloquentement dans son remarquable ouvrage *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2^e éd. 1986), [TRADUCTION] «cela contredit la volonté des représentants du peuple»

131

132

133

because it is anti-democratic in that unelected officials (judges) are overruling elected representatives (legislators) (see e.g. A. A. Peacock, ed., *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory* (1996); R. Knopff and F. L. Morton, *Charter Politics* (1992); M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada* (1994), c. 2).

134 To respond, it should be emphasized again that our *Charter's* introduction and the consequential remedial role of the courts were choices of the Canadian people through their elected representatives as part of a redefinition of our democracy. Our constitutional design was refashioned to state that henceforth the legislatures and executive must perform their roles in conformity with the newly conferred constitutional rights and freedoms. That the courts were the trustees of these rights insofar as disputes arose concerning their interpretation was a necessary part of this new design.

135 So courts in their trustee or arbiter role must perforce scrutinize the work of the legislature and executive not in the name of the courts, but in the interests of the new social contract that was democratically chosen. All of this is implied in the power given to the courts under s. 24 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

136 Because the courts are independent from the executive and legislature, litigants and citizens generally can rely on the courts to make reasoned and principled decisions according to the dictates of the constitution even though specific decisions may not be universally acclaimed. In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution

(p. 17). Ainsi, les tenants de cette opinion soutiennent que la révision judiciaire est illégitime parce qu'elle permet à des personnes qui n'ont pas été élues (les juges) d'infirmer les décisions des élus (le législateur), ce qui est antidémocratique (voir par ex. A. A. Peacock, dir., *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory* (1996); R. Knopff et F. L. Morton, *Charter Politics* (1992); M. Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada* (1996), ch. 2).

Pour répondre à ces arguments, il faut, encore une fois, insister sur le fait que, par le truchement de ses élus, le peuple canadien a choisi, dans le cadre de la redéfinition de la démocratie canadienne, d'adopter la *Charte* et, par suite, de donner au tribunaux un rôle correctif à jouer. Notre Constitution a été réaménagée de façon à déclarer que dorénavant le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif devront exercer leurs fonctions dans le respect des libertés et droits constitutionnels nouvellement reconnus. La dévolution aux tribunaux du rôle de fiduciaires à l'égard de ces droits en cas de litiges quant à leur interprétation constituait un élément nécessaire de ce nouveau régime.

Il s'ensuit obligatoirement qu'en leur qualité de fiduciaires ou d'arbitres, les tribunaux doivent examiner les actes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, non en leur nom propre mais pour l'exécution du nouveau contrat social démocratiquement conclu. Ce rôle découle implicitement du pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 24 de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Parce que les tribunaux sont indépendants des pouvoirs exécutif et législatif, les justiciables et les citoyens en général peuvent habituellement s'attendre à ce qu'ils rendent des décisions motivées et étayées, conformes aux prescriptions constitutionnelles, même si certaines d'entre elles peuvent ne pas faire l'unanimité. Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adop-

and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others' role and the role of the courts.

This mutual respect is in some ways expressed in the provisions of our constitution as shown by the wording of certain of the constitutional rights themselves. For example, s. 7 of the *Charter* speaks of no denial of the rights therein except in accordance with the principles of fundamental justice, which include the process of law and legislative action. Section 1 and the jurisprudence under it are also important to ensure respect for legislative action and the collective or societal interests represented by legislation. In addition, as will be discussed below, in fashioning a remedy with regard to a *Charter* violation, a court must be mindful of the role of the legislature. Moreover, s. 33, the notwithstanding clause, establishes that the final word in our constitutional structure is in fact left to the legislature and not the courts (see P. Hogg and A. Bushell, "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75).

As I view the matter, the *Charter* has given rise to a more dynamic interaction among the branches of governance. This interaction has been aptly described as a "dialogue" by some (see e.g. Hogg and Bushell, *supra*). In reviewing legislative enactments and executive decisions to ensure constitutional validity, the courts speak to the legislative and executive branches. As has been pointed out, most of the legislation held not to pass constitutional muster has been followed by new legislation designed to accomplish similar objectives (see Hogg and Bushell, *supra*, at p. 82). By doing this, the legislature responds to the courts; hence the dialogue among the branches.

ter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.

Ce respect mutuel ressort d'une certaine façon de l'énoncé même de certains droits constitutionnels dans notre Constitution. Par exemple, l'art. 7 de la *Charte* énonce qu'il ne peut être porté atteinte aux droits qui y sont énumérés qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, lesquels comprennent l'application régulière de la loi et l'action législative. L'article premier et la jurisprudence qui s'y rapporte revêtent également une grande importance pour le respect de l'action législative et des intérêts collectifs et sociétaux que représente la législation. De plus, comme nous le verrons plus loin, lorsqu'un tribunal se prononce sur une mesure visant à corriger une contravention à la *Charte*, il ne doit jamais oublier le rôle du législateur. En outre, la disposition de dérogation — l'art. 33 — a pour effet, dans notre régime constitutionnel, de laisser le dernier mot au législateur et non aux tribunaux (voir P. Hogg et A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75).

À mon avis, la *Charte* a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de «dialogue» (voir par exemple Hogg et Bushell, *loc. cit.*). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires (voir Hogg et Bushell, *loc. cit.*, à la p. 82). Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement.

137

138

139 To my mind, a great value of judicial review and this dialogue among the branches is that each of the branches is made somewhat accountable to the other. The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under s. 33 of the *Charter*). This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it.

140 There is also another aspect of judicial review that promotes democratic values. Although a court's invalidation of legislation usually involves negating the will of the majority, we must remember that the concept of democracy is broader than the notion of majority rule, fundamental as that may be. In this respect, we would do well to heed the words of Dickson C.J. in *Oakes, supra*, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe to embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

141 So, for example, when a court interprets legislation alleged to be a reasonable limitation in a free and democratic society as stated in s. 1 of the *Charter*, the court must inevitably delineate some of the attributes of a democratic society. Although it is not necessary to articulate the complete list of democratic attributes in these remarks, Dickson C.J.'s comments remain instructive (see also: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, per Dickson C.J.; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, supra*, per La Forest J.).

142 Democratic values and principles under the *Charter* demand that legislators and the executive take these into account; and if they fail to do so,

La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*). Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.

Un autre aspect de la révision judiciaire contribue à la promotion des valeurs démocratiques. Même si l'invalidation judiciaire d'une disposition législative contredit habituellement la volonté de la majorité, il ne faut pas perdre de vue que l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité, toute fondamentale que soit cette dernière. Il serait bon, à cet égard, de ne pas oublier les propos suivants du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 136:

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

Ainsi, par exemple, le tribunal qui interprète une disposition législative présentée comme une limite raisonnable dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*, doit inévitablement définir certaines caractéristiques d'une société démocratique. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'évoquer toutes les caractéristiques démocratiques énumérées dans ces remarques, le commentaire du juge en chef Dickson demeure pertinent (voir également: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge en chef Dickson; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, le juge La Forest).

Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont l'obligation de tenir compte des valeurs et des principes démocratiques reconnus dans la *Charte*

courts should stand ready to intervene to protect these democratic values as appropriate. As others have so forcefully stated, judges are not acting undemocratically by intervening when there are indications that a legislative or executive decision was not reached in accordance with the democratic principles mandated by the *Charter* (see W. Black, “Vriend, Rights and Democracy” (1996), 7 *Constitutional Forum* 126; D. M. Beatty, “Law and Politics” (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131, at p. 149; M. Jackman, “Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the *Charter*” (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661).

With this background in mind, I now turn to discuss the jurisprudence on the specific question of the choice of the appropriate remedy that should apply in this appeal.

B. Remedial Principles

The leading case on constitutional remedies is *Schachter*, *supra*. Writing on behalf of the majority in *Schachter*, Lamer C.J. stated that the first step in selecting a remedial course under s. 52 is to define the extent of the *Charter* inconsistency which must be struck down. In the present case, that inconsistency is the exclusion of sexual orientation from the protected grounds of the *IRPA*. As I have concluded above, this exclusion is an unjustifiable infringement upon the equality rights guaranteed in s. 15 of the *Charter*.

Once the *Charter* inconsistency has been identified, the next step is to determine which remedy is appropriate. In *Schachter*, this Court noted that, depending upon the circumstances, there are several remedial options available to a court in dealing with a *Charter* violation that was not saved by s. 1. These include striking down the legislation, severance of the offending sections, striking down or severance with a temporary suspension of the

et, s'ils ne le font pas, les tribunaux doivent être prêts à intervenir pour protéger comme il se doit ces valeurs et principes. Comme certains auteurs l'ont affirmé avec vigueur, les juges n'agissent pas de façon antidémocratique en intervenant lorsque des décisions d'ordre législatif ou exécutif ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques prescrits par la *Charte* (voir W. Black, «Vriend, Rights and Democracy» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 126; D. M. Beatty, «Law and Politics» (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131, à la p. 149; M. Jackman, «Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the *Charter*» (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661).

Ayant tendu cette toile de fond, je passe maintenant à l'examen de la jurisprudence portant précisément sur le choix de la mesure corrective à appliquer en l'espèce.

B. Principes applicables en matière de mesures correctives

L'arrêt de principe pour ce qui est des mesures correctives constitutionnelles est *Schachter*, précité. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge en chef Lamer a dit que la première étape à suivre pour choisir une mesure corrective sous le régime de l'art. 52 consiste à déterminer l'étendue de l'incompatibilité avec la *Charte* qui doit être annulée. En l'espèce, cette incompatibilité est l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs ouvrant droit à la protection de l'*IRPA*. Cette exclusion constitue, suivant la conclusion à laquelle je suis parvenu plus haut, une atteinte injustifiable aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*.

Une fois l'incompatibilité précisée, l'étape suivante consiste à déterminer quelle est la mesure corrective appropriée. Dans l'arrêt *Schachter*, notre Cour a signalé que, tout dépendant des circonstances, un tribunal peut choisir entre plusieurs mesures correctives lorsqu'il conclut à l'existence d'une violation de la *Charte* non justifiée en vertu de l'article premier. Il peut notamment annuler la loi, retrancher les dispositions fautives, ordonner l'annulation ou la dissociation assortie d'une suspension temporaire de la déclaration d'invalidité,

143

144

145

declaration of invalidity, reading down, and reading provisions into the legislation.

recourir à l'interprétation atténuée ou inclure des dispositions par interprétation large.

146 Because the *Charter* violation in the instant case stems from an omission, the remedy of reading down is simply not available. Further, I note that given the considerable number of sections at issue in this case and the important roles they play in the scheme of the *IRPA* as a whole, severance of these sections from the remainder of the Act would be akin to striking down the entire Act.

Parce que la violation de la *Charte* découle d'une omission en l'espèce, l'interprétation atténuée n'est pas une option. En outre, je constate que, vu le grand nombre de dispositions en cause et le rôle important qu'elles jouent dans l'économie générale de l'*IRPA*, la dissociation équivaudrait à l'annulation de la totalité de la Loi.

147 The appellants suggest that the circumstances of this case warrant the reading in of sexual orientation into the offending sections of the *IRPA*. However, in the Alberta Court of Appeal, O'Leary J.A. and Hunt J.A. agreed that the appropriate remedy would be to declare the relevant provisions of the *IRPA* unconstitutional and to suspend that declaration for a period of time to allow the Legislature to address the matter. McClung J.A. would have gone further and declared the *IRPA* invalid in its entirety. With respect, for the reasons that follow, I cannot agree with either remedy chosen by the Court of Appeal.

Les appelants affirment qu'il est justifié, compte tenu des circonstances de la présente espèce, d'inclure l'orientation sexuelle, par interprétation large, dans les dispositions fautives de l'*IRPA*. Les juges O'Leary et Hunt de la Cour d'appel de l'Alberta, toutefois, ont tous deux estimé qu'il convenait de déclarer inconstitutionnelles les dispositions visées et de suspendre cette déclaration de façon à permettre à la législature de corriger la situation. Le juge McClung serait allé plus loin: il aurait déclaré invalide la totalité de l'*IRPA*. En toute déférence, je ne puis, pour les motifs suivants, me rallier à aucune des mesures choisies par la Cour d'appel.

148 In *Schachter*, Lamer C.J. noted that when determining whether the remedy of reading in is appropriate, courts must have regard to the "twin guiding principles", namely, respect for the role of the legislature and respect for the purposes of the *Charter*, which I have discussed generally above. Turning first to the role of the legislature, Lamer C.J. stated at p. 700 that reading in is an important tool in "avoiding undue intrusion into the legislative sphere. . . . [T]he purpose of reading in is to be as faithful as possible within the requirements of the Constitution to the scheme enacted by the Legislature."

Dans l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a fait remarquer que les tribunaux, lorsqu'ils examinent s'il convient d'adopter une interprétation large, doivent tenir compte des «deux principes directeurs» que j'ai précédemment abordés de façon générale, savoir le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte*. Relativement au rôle du législateur, le juge en chef Lamer a affirmé, à la p. 700, que l'interprétation large est un moyen important d'«empêcher un empiétement injustifié sur le domaine législatif. [. . .] [L]'objet de l'interprétation large est d'être aussi fidèle que possible, dans le cadre des exigences de la Constitution, au texte législatif adopté par le législateur.»

149 He went on to quote the following passage from Carol Rogerson in "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness", in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), 233, at p. 288:

Il a ensuite cité le passage suivant du texte de Carol Rogerson, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness», dans R. J. Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987), 233, à la p. 288:

Courts should certainly go as far as required to protect rights, but no further. Interference with legitimate legislative purposes should be minimized and laws serving such purposes should be allowed to remain operative to the extent that rights are not violated. Legislation which serves desirable social purposes may give rise to entitlements which themselves deserve some protection.

As I discussed above, the purpose of the *IRPA* is the recognition and protection of the inherent dignity and inalienable rights of Albertans through the elimination of discriminatory practices. It seems to me that the remedy of reading in would minimize interference with this clearly legitimate legislative purpose and thereby avoid excessive intrusion into the legislative sphere whereas striking down the *IRPA* would deprive all Albertans of human rights protection and thereby unduly interfere with the scheme enacted by the Legislature.

I find support for my position in *Haig, supra*, where the Ontario Court of Appeal read the words "sexual orientation" into s. 3(1) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. At p. 508, Krever J.A., writing for a unanimous court, stated that it was

inconceivable . . . that Parliament would have preferred no human rights Act over one that included sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. To believe otherwise would be a gratuitous insult to Parliament.

Turning to the second of the twin guiding principles, the respondents suggest that the facts of this case are illustrative of a conflict between two grounds, namely, religion and sexual orientation. If sexual orientation were simply read into the *IRPA*, the respondents contend that this would undermine the ability of the *IRPA* to provide protection against discrimination based on religion, one of the fundamental goals of that legislation. This result is alleged to be "inconsistent with the deeper social purposes of the *Charter*".

[TRADUCTION] Les tribunaux devraient certainement aller aussi loin que nécessaire pour assurer la protection des droits, mais pas davantage. L'empiètement sur les objets législatifs légitimes devrait être réduit au minimum et les lois devraient demeurer opérantes dans la mesure où il n'y a pas violation de droits. Une loi qui sert des fins sociales souhaitables peut être constitutive de droits qui méritent une certaine protection.

Comme je l'ai déjà dit, l'*IRPA* a pour objet de reconnaître et de protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des Albertains au moyen de l'élimination des pratiques discriminatoires. Je crois que le recours à l'interprétation large réduirait l'empiètement sur cet objet manifestement légitime et éviterait ainsi une ingérence excessive dans le domaine législatif, alors que l'annulation de l'*IRPA* priverait tous les Albertains de la protection des droits de la personne, ce qui modifierait indûment l'économie de la loi adoptée par le législateur.

L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Haig*, précité, étaye mon point de vue. La Cour a ajouté les mots «orientation sexuelle», par interprétation large, au par. 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, et, à la p. 14, le juge Krever, exprimant l'avis unanime de la Cour, a écrit qu'il était

[TRADUCTION] inconcevable que le Parlement aurait préféré qu'il n'y ait pas de loi sur les droits de la personne plutôt que d'en avoir une qui ajoute l'orientation sexuelle à la liste des motifs de discrimination illicites. Conclure autrement serait un affront gratuit au Parlement.

Relativement au second principe directeur, les intimés plaident que les faits de l'espèce démontrent l'existence d'un conflit entre deux motifs de discrimination, savoir la religion et l'orientation sexuelle. Selon eux, la protection contre la discrimination religieuse, un objet fondamental de l'*IRPA*, serait affaiblie si l'on ajoutait, par interprétation large, l'orientation sexuelle aux motifs interdits. Ce résultat, soutiennent-ils, dérogerait [TRADUCTION] «aux objets sociaux fondamentaux de la *Charte*».

150

151

152

153 I concluded above that the internal balancing mechanisms of the *IRPA* were an adequate means of disposing of any conflict that might arise between religion and sexual orientation. Thus, I cannot accept the respondents' assertion that the reading in approach does not respect the purposes of the *Charter*. In fact, as I see the matter, reading sexual orientation into the *IRPA* as a further ground of prohibited discrimination can only enhance those purposes. The *Charter*, like the *IRPA*, is concerned with the promotion and protection of inherent dignity and inalienable rights. Thus, expanding the list of prohibited grounds of discrimination in the *IRPA* allows this Court to act in a manner which, consistent with the purposes of the *Charter*, would augment the scope of the *IRPA*'s protections. In contrast, striking down or severing parts of the *IRPA* would deny all Albertans protection from marketplace discrimination. In my view, this result is clearly antithetical to the purposes of the *Charter*.

154 In *Schachter, supra*, Lamer C.J. noted that the twin guiding principles can only be fulfilled if due consideration is given to several additional criteria which further inform the determination as to whether the remedy of reading in is appropriate. These include remedial precision, budgetary implications, effects on the thrust of the legislation, and interference with legislative objectives.

155 As to the first of the above listed criteria, the court must be able to define with a "sufficient degree of precision" how the statute ought to be extended in order to comply with the Constitution. I do not believe that the present case is one in which this Court has been improperly called upon to fill in large gaps in the legislation. Rather, in my view, there is remedial precision insofar as the insertion of the words "sexual orientation" into the prohibited grounds of discrimination listed in the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA* will, without more, ensure the validity of the legislation and remedy the constitutional wrong.

Puisque j'ai conclu que les mécanismes internes de pondération de l'*IRPA* permettent de régler tout conflit pouvant surgir entre la religion et l'orientation sexuelle, je ne puis recevoir l'argument des intimés selon lequel l'interprétation large ne respecterait pas les objets de la *Charte*. De fait, de mon point de vue, l'ajout par interprétation large de l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination interdits par l'*IRPA* ne peut que servir ces objets. La *Charte*, tout comme la Loi, vise à promouvoir et à protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des citoyens. Ainsi, en allongeant la liste des motifs illicites de discrimination établie par l'*IRPA*, la Cour, en accord avec les objets de la *Charte*, élargirait la portée des protections offertes par la Loi. Si, par contre, elle annulait l'*IRPA* ou en retranchait des dispositions, elle priverait tous les Albertains de leur protection contre la discrimination du marché, ce qui me semble absolument contraire aux objets de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Schachter*, précité, le juge en chef Lamer a indiqué que, pour satisfaire aux deux principes directeurs susmentionnés, il faut examiner soigneusement plusieurs autres facteurs susceptibles de nous éclairer sur la pertinence de recourir à l'interprétation large, notamment la précision de la mesure correctrice, les conséquences financières, les répercussions sur l'économie de la loi et l'empêchement sur les objectifs législatifs.

S'agissant du premier de ces facteurs, les tribunaux doivent être en mesure de déterminer avec «suffisamment de précision» dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi afin de la rendre compatible avec la Constitution. Je ne crois pas que dans la présente espèce, notre Cour ait été appelée à tort à combler d'importantes lacunes de la Loi. J'estime plutôt que la mesure correctrice est précise dans la mesure où l'inclusion des mots «orientation sexuelle» dans les motifs de discrimination illicites énumérés dans le préambule de l'*IRPA* ainsi qu'aux art. 3, 4 et 10, de même qu'aux par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1) aura pour seul effet d'assurer la validité de la Loi et d'en corriger l'inconstitutionnalité.

In her reasons in this case, Hunt J.A. concluded that there was insufficient remedial precision to justify the remedy of reading in. She expressed two concerns. Firstly, she held that adequate precision likely would not be possible without a definition of the term “sexual orientation”. With respect, I cannot agree. Although the term “sexual orientation” has been defined in the human rights legislation of the Yukon Territory, it appears undefined in the *Canadian Human Rights Act*, the human rights legislation of Nova Scotia, New Brunswick, Quebec, Ontario, Manitoba, Saskatchewan, British Columbia, and s. 718.2(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended by S.C. 1995, c. 22, s. 6. In addition, “sexual orientation” was not defined when it was recognized by this Court in *Egan, supra*, as an analogous ground under s. 15 of the *Charter*. In my opinion, “sexual orientation” is a commonly used term with an easily discernible common sense meaning.

In addition, I concur with the comments of R. Khullar (in “*Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination*” (1998), 7 *N.J.C.L.* 221) who stated (at pp. 237-38) that,

[i]f there is any ambiguity in the term “sexual orientation,” it is no greater than that encompassed by terms such as “race,” “ethnic origin” or “religion,” all of which are undefined prohibited grounds of discrimination in the *Charter* which have not posed any undue difficulty for the courts or legislatures to understand and apply.

Hunt J.A. was also troubled by the possible impact of reading in upon s. 7(2) of the *IRPA*. This section states that s. 7(1) (employment), as regards age and marital status, “does not affect the operation of any bona fide retirement or pension plan or the terms or conditions of any bona fide group or employee insurance plan”. As the Court of Appeal heard no argument on this point and as there was no evidence before the court to explain the rationale behind this provision, Hunt J.A. held that, if

Dans ses motifs, le juge Hunt de la Cour d’appel a conclu que la mesure corrective n’était pas assez précise pour justifier le recours à l’interprétation large, et ce, pour deux raisons. Premièrement, elle a estimé qu’il serait vraisemblablement impossible de parvenir à une précision suffisante sans définir l’expression «orientation sexuelle». Je ne puis, en toute déférence, souscrire à une telle opinion. Cette expression, même si elle est définie dans la loi du Yukon concernant les droits de la personne, est employée sans définition dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et dans les lois relatives aux droits de la personne de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Québec, de l’Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique de même qu’au sous-al. 718.2a(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, modifié par L.C. 1995, ch. 22, art. 6. Notre Cour non plus n’a pas défini l’expression quand, dans l’arrêt *Egan*, précité, elle a reconnu que l’orientation sexuelle constituait un motif analogue sous le régime de l’art. 15 de la *Charte*. À mon avis, les mots «orientation sexuelle» sont des mots usuels dont le sens courant se comprend aisément.

De plus, je souscris aux commentaires de R. Khullar (dans «*Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination*» (1998), 7 *N.J.C.L.* 221) qui a écrit (aux pp. 237 et 238):

[TRADUCTION] Si tant est que l’expression «orientation sexuelle» soit ambiguë, elle ne l’est pas davantage que les mots «race», «origine ethnique» ou «religion», lesquels sont tous des motifs de discrimination interdits par la *Charte* qui ne sont pas définis et que les tribunaux ou les législatures n’ont eu aucune difficulté particulière à comprendre ou à appliquer.

Le juge Hunt s’inquiétait également des répercussions possibles de l’interprétation large sur le par. 7(2) de l’*IRPA*. Cette disposition énonce que le par. 7(1) (emploi) est, relativement à l’âge et à l’état matrimonial, [TRADUCTION] «sans effet sur l’application de tout régime de retraite légitime et des modalités de tout régime d’assurance collective ou d’employés légitime». Comme la Cour d’appel n’avait entendu aucun argument sur ce point et qu’aucune preuve n’avait été présentée

the protections of the *IRPA* were to be extended to gay men and lesbians, it would be necessary to decide whether this group would be included or excluded from s. 7(2). She found that this was something the court was in no position to do. In light of this difficulty, Hunt J.A. was concerned that the reading in remedy “would engage the court in the kind of ‘filling in of details’ against which Lamer, C.J.C., cautions in *Schachter [supra]*” (p. 69).

159 In my view, whether gay men and lesbians are included or excluded from s. 7(2) is a peripheral issue which does not deprive the reading in remedy of the requisite precision. I agree with K. Roach who noted that the legislature “can always subsequently intervene on matters of detail that are not dictated by the Constitution” (*Constitutional Remedies in Canada* (1994 (loose-leaf)), at p. 14-64.1). I therefore conclude on this point that, in the present case, there is sufficient remedial precision to justify the remedy of reading in.

160 Turning to budgetary repercussions, in the circumstances of the present appeal, such considerations are not sufficiently significant to warrant avoiding the reading in approach. On this issue, the trial judge stated (at p. 18):

There will undoubtedly be some budgetary impact on the Human Rights Commission as a result of the addition of sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. But, unlike *Schachter [supra]*, it would not be substantial enough to change the nature of the scheme of the legislation.

Although the scope of this Court’s review of the *IRPA* is considerably broader than that which the trial judge was asked to undertake, as I noted above, having not heard anything persuasive to the contrary, I am not prepared to interfere with the trial judge’s findings on this matter.

161 As to the effects on the thrust of the legislation, it is difficult to see any deleterious impact. All persons covered under the current scope of the *IRPA*

pour expliquer le fondement de cette disposition, le juge Hunt a conclu que si l’on étendait la protection de l’*IRPA* aux homosexuels, il serait nécessaire de décider si ce groupe était visé ou non par le par. 7(2). Elle a jugé que la Cour n’était pas en mesure de trancher une telle question. Cette difficulté faisait craindre au juge Hunt qu’en recourant à l’interprétation large [TRADUCTION] «la Cour ne soit amenée à “comblar les lacunes” ce contre quoi le juge en chef Lamer mettait les tribunaux en garde dans l’arrêt *Schachter [précité]*» (p. 69).

Selon moi, la question de savoir si le par. 7(2) s’applique ou non aux homosexuels est secondaire et ne fait pas perdre à l’interprétation large le degré de précision requis. Je partage l’opinion de K. Roach, lequel estime que le législateur [TRADUCTION] «peut toujours revenir ensuite sur les détails qui ne sont pas dictés par la Constitution» (*Constitutional Remedies in Canada* (1994 (éd. feuilles mobiles)), à la p. 14-64.1). Je suis donc d’avis qu’en l’espèce, que la mesure corrective est suffisamment précise pour justifier le recours à l’interprétation large.

S’agissant des conséquences financières, elles ne revêtent pas, dans le présent pourvoi, une importance suffisante pour écarter l’interprétation large. Sur cette question, le juge de première instance a écrit (à la p. 18):

[TRADUCTION] L’ajout de l’orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination illicites aura certainement des conséquences financières pour la Human Rights Commission. Mais contrairement à l’affaire *Schachter [précitée]*, celles-ci ne sont pas assez importantes pour modifier la nature du régime prévu par la Loi.

Bien que l’examen de l’*IRPA* effectué par notre Cour a une portée beaucoup plus large que celle que le juge de première instance était appelée à effectuer, je ne suis pas disposé, comme je l’ai déjà mentionné, à modifier ses conclusions en cette matière puisqu’on ne m’a présenté aucune preuve convaincante du contraire.

Quant aux effets sur l’économie de la Loi, il est difficile de concevoir quelque conséquence néfaste. Toutes les personnes actuellement visées

would continue to benefit from the protection provided by the Act in the same manner as they had before the reading in of sexual orientation. Thus, I conclude that it is reasonable to assume that, if the Legislature had been faced with the choice of having no human rights statute or having one that offered protection on the ground of sexual orientation, the latter option would have been chosen. As the inclusion of sexual orientation in the *IRPA* does not alter the legislation to any significant degree, it is reasonable to assume that the Legislature would have enacted it in any event.

In addition, in *Schachter, supra*, Lamer C.J. noted that, in cases where the issue is whether to extend benefits to a group excluded from the legislation, the question of the effects on the thrust of the legislation will sometimes focus on the size of the group to be added as compared to the group originally benefited. He quoted with approval from *Knodel, supra*, where Rowles J. extended the provision of benefits to spouses to include same-sex spouses. In her view, the remedy of reading in was far less intrusive to the intention of the legislature than striking down the benefits scheme because the group to be added was much smaller than the group already receiving the benefits.

Lamer C.J. went on to note that, “[w]here the group to be added is smaller than the group originally benefitted, this is an indication that the assumption that the legislature would have enacted the benefit in any case is a sound one” (p. 712). In the present case, gay men and lesbians are clearly a smaller group than those already benefited by the *IRPA*. Thus, in my view, reading in remains the less intrusive option.

The final criterion to examine is interference with the legislative objective. In *Schachter*, Lamer C.J. commented upon this factor as follows (at pp. 707-8):

par l'*IRPA* continueraient d'être protégées par ses dispositions de la même façon qu'elles l'étaient avant l'ajout de l'orientation sexuelle par interprétation large. Il est donc raisonnable de supposer que si le législateur avait eu le choix entre renoncer à faire passer une loi relative aux droits de la personne ou en adopter une qui interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il aurait opté pour la deuxième solution. Puisque l'inclusion de l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* ne modifie pas substantiellement celle-ci, il est raisonnable de penser que le législateur l'aurait adoptée de toute façon.

En outre, le juge en chef Lamer, dans l'arrêt *Schachter*, précité, a signalé que lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit accorder des avantages à un groupe exclu de la loi, la question des effets de cette mesure sur l'économie du texte de loi sera quelquefois centrée sur la taille du groupe à ajouter par rapport à celle du groupe initial des bénéficiaires. Il a cité, en les approuvant, les motifs du juge Rowles dans la décision *Knodel*, précité, où le juge a étendu aux conjoints de même sexe le droit à des prestations pour conjoints. Selon elle, l'inclusion par interprétation large portait moins atteinte à l'intention législative que l'annulation du régime de prestations, parce que le groupe à ajouter était beaucoup plus petit que celui qui recevait les prestations.

Le juge en chef Lamer a ajouté: «[s]i le groupe à ajouter est numériquement moins important que le groupe initial de bénéficiaires, c'est une indication que la supposition que le législateur aurait de toute façon adopté le bénéfice est fondée» (p. 712). En l'espèce, les homosexuels forment indéniablement un groupe inférieur en nombre au groupe jouissant du bénéfice de l'*IRPA*. J'estime donc que l'interprétation large demeure la solution la moins attentatoire.

Le dernier facteur à examiner est celui de l'ingérence dans l'objectif législatif. Dans l'arrêt *Schachter*, précité, le juge en chef Lamer a fait le commentaire suivant au sujet de ce facteur (aux pp. 707 et 708):

162

163

164

The degree to which a particular remedy intrudes into the legislative sphere can only be determined by giving careful attention to the objective embodied in the legislation in question. . . . A second level of legislative intention may be manifest in the means chosen to pursue that objective.

Ce n'est qu'en examinant de près l'objectif de la loi en question que l'on peut déterminer le degré d'empiétement d'une réparation particulière sur le domaine législatif. [. . .] Un second niveau d'intention législative peut ressortir des moyens choisis pour atteindre cet objectif.

165 With regard to the first level of legislative intention, as I discussed above, it is clear that reading sexual orientation into the *IRPA* would not interfere with the objective of the legislation. Rather, in my view, it can only enhance that objective. However, at first blush, it appears that reading in might interfere with the second level of legislative intention identified by Lamer C.J.

Il est évident, comme je l'ai déjà indiqué, que relativement au premier niveau d'intention législative, l'ajout par interprétation large de l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* ne porterait pas atteinte à l'objectif du texte de loi; je suis même d'avis qu'il ne pourrait que servir cet objectif. À première vue, toutefois, il semble que l'interprétation large puisse empiéter sur le second niveau d'intention législative mis en lumière par le juge en chef Lamer.

166 As the Alberta Legislature has expressly chosen to exclude sexual orientation from the list of prohibited grounds of discrimination in the *IRPA*, the respondents argue that reading in would unduly interfere with the will of the Government. McClung J.A. shares this view. In his opinion, the remedy of reading in will never be appropriate where a legislative omission reflects a deliberate choice of the legislating body. He states that if a statute is unconstitutional, "the preferred consequence should be its return to the sponsoring legislature for representative, constitutional overhaul" (p. 35). However, as I see the matter, by definition, *Charter* scrutiny will always involve some interference with the legislative will.

Les intimés soutiennent que, la législature de l'Alberta ayant expressément résolu d'exclure l'orientation sexuelle de la liste des motifs de discrimination interdits par l'*IRPA*, l'interprétation large constituerait un empiétement indu sur la volonté du gouvernement. Le juge McClung partage cet avis. Selon lui, le recours à l'interprétation large n'est jamais acceptable lorsque l'omission du législateur résulte d'un choix délibéré. Il affirme que si une loi est inconstitutionnelle, [TRADUCTION] «c'est l'option du renvoi à l'autorité législative compétente pour permettre aux élus de remédier au vice constitutionnel qu'il convient de retenir» (p. 35). De mon point de vue, cependant, l'examen fondé sur la *Charte* comportera toujours, par définition, une forme d'empiétement sur la volonté du législateur.

167 Where a statute has been found to be unconstitutional, whether the court chooses to read provisions into the legislation or to strike it down, legislative intent is necessarily interfered with to some extent. Therefore, the closest a court can come to respecting the legislative intention is to determine what the legislature would likely have done if it had known that its chosen measures would be found unconstitutional. As I see the matter, a deliberate choice of means will not act as a bar to reading in save for those circumstances in which the means chosen can be shown to be of such centrality to the aims of the legislature and so integral to

Lorsqu'une loi est jugée inconstitutionnelle, que le tribunal choisisse d'avoir recours à l'interprétation large ou d'annuler la loi, il y a nécessairement une certaine ingérence dans l'intention du législateur. Par conséquent, la solution qui respecte le plus l'intention du législateur est celle qui consiste à se demander ce que le législateur aurait vraisemblablement fait s'il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles. De mon point de vue, le choix délibéré des moyens n'empêche pas le recours à l'interprétation large, sauf dans les cas où l'on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu

the scheme of the legislation, that the legislature would not have enacted the statute without them.

Indeed, as noted by the intervenor Canadian Jewish Congress, if reading in is always deemed an inappropriate remedy where a government has expressly chosen a course of action, this amounts to the suggestion that whenever a government violates a *Charter* right, it ought to do so in a deliberate manner so as to avoid the remedy of reading in. In my view, this is a wholly unacceptable result.

In the case at bar, the means chosen by the legislature, namely, the exclusion of sexual orientation from the *IRPA*, can hardly be described as integral to the scheme of that Act. Nor can I accept that this choice was of such centrality to the aims of the legislature that it would prefer to sacrifice the entire *IRPA* rather than include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination, particularly for the reasons I will now discuss.

As mentioned by my colleague Cory J., in 1993, the Alberta Legislature appointed the Alberta Human Rights Review Panel to conduct a public review of the *IRPA* and the Alberta Human Rights Commission. The Panel issued a report making several recommendations including the inclusion of sexual orientation as a prohibited ground of discrimination in all areas covered by the Act. The Government responded to this recommendation by deferring the decision to the judiciary: “This recommendation will be dealt with through the current court case *Vriend v. Her Majesty the Queen in Right of Alberta and Her Majesty’s Attorney General in and for the Province of Alberta*” (*Our Commitment to Human Rights: The Government’s Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel*, *supra*, at p. 21).

In my opinion, this statement is a clear indication that, in light of the controversy surrounding the protection of gay men and lesbians under the *IRPA*, it was the intention of the Alberta Legisla-

égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l’économie de la loi que le législateur ne l’aurait pas adopter sans eux.

En effet, comme l’a souligné l’intervenant, le Congrès juif canadien, juger que l’interprétation large n’est jamais applicable à une ligne de conduite expressément choisie par un gouvernement équivaut à dire qu’un gouvernement n’a qu’à contrevenir de façon délibérée à un droit garanti par la *Charte* pour échapper à l’interprétation large. Selon moi, pareil résultat est tout à fait inacceptable.

Dans l’affaire qui nous occupe, on peut difficilement soutenir que les moyens choisis par le législateur, savoir l’exclusion de l’orientation sexuelle de l’*IRPA*, sont essentiels à l’économie de la Loi. Je ne suis pas disposé non plus à reconnaître que ce choix revêtait une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur que celui-ci aurait choisi de sacrifier l’ensemble de l’*IRPA* plutôt que d’intégrer l’orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination illicites, en particulier pour les motifs que j’expose ici.

Comme le juge Cory l’a indiqué, la législature de l’Alberta a créé l’Alberta Human Rights Review Panel, en 1993, et a chargé ce comité d’examiner l’*IRPA* ainsi que l’Alberta Human Rights Commission. Le comité, dans son rapport, a formulé plusieurs recommandations, dont celle d’inclure l’orientation sexuelle dans les motifs de discrimination illicites, pour tous les domaines visés par la Loi. Le gouvernement a répondu à cette recommandation en s’en remettant aux tribunaux: [TRADUCTION] «Les suites à donner à cette recommandation seront déterminées par l’issue de l’affaire *Vriend c. Her Majesty the Queen in Right of Alberta and Her Majesty’s Attorney General in and for the Province of Alberta*» (*Our Commitment to Human Rights: The Government’s Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel*, *op. cit.*, à la p. 21).

À mon avis, cet énoncé indique clairement que la législature de l’Alberta, tenant compte de la controverse entourant la protection des homosexuels sous le régime de l’*IRPA*, a voulu s’en remettre à la

168

169

170

171

ture to defer to the courts on this issue. Indeed, I interpret this statement to be an express invitation for the courts to read sexual orientation into the *IRPA* in the event that its exclusion from the legislation is found to violate the provisions of the *Charter*. Therefore, primarily because of this and contrary to the assertions of the respondents, I believe that, in these circumstances, the remedy of reading in is entirely consistent with the legislative intention.

172 In addition to the comments which I outlined above, McClung J.A. also criticizes the remedy of reading in on a more fundamental level. He views the reading of provisions into a statute as an unacceptable intrusion of the courts into the legislative process. Commenting upon the trial judge's decision to read sexual orientation into the *IRPA* he stated (at pp. 29-30):

To amend and extend it, by reading up to include "sexual orientation" was a sizeable judicial intervention into the affairs of the community and, at a minimum, an undesirable arrogation of legislative power by the court. . . . [T]o me it is an extravagant exercise for any s. 96 judge to use the enormous review power of his or her office in this way in order to wean competent legislatures from their "errors".

173 McClung J.A. goes on to suggest that, by reading in, the trial judge overrode the express will of the electors of the Province of Alberta who, speaking through their parliamentary representatives, have decided that sexual orientation is not to be included in the protected categories of the *IRPA*.

174 With respect, for the reasons outlined in the previous section of these reasons, I do not accept that extending the legislation in this case is an undemocratic exercise of judicial power. Rather, I concur with the comments of W. Black, who states (*supra*, at p. 128) that:

décision des tribunaux sur cette question. J'y vois, en fait, une invitation expresse faite aux tribunaux d'inclure l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* si l'exclusion de ce motif est jugée contraire à la *Charte*. C'est cela, principalement, qui me fait conclure, quoi qu'en dise les intimés, que, dans les circonstances, l'interprétation large est parfaitement compatible avec l'intention du législateur.

Le juge McLung de la Cour d'appel, en plus de faire le commentaire que j'ai cité plus haut, formule des critiques plus fondamentales concernant le recours à l'interprétation large. Il considère l'inclusion de dispositions dans une loi par interprétation large comme une ingérence inacceptable des tribunaux dans le processus législatif. Au sujet de la décision du juge de première instance d'ajouter l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination interdits par l'*IRPA*, il s'exprime ainsi (aux pp. 29 et 30):

[TRADUCTION] La modifier et en élargir la portée en l'interprétant comme incluant l'orientation sexuelle, c'est, pour un tribunal, s'immiscer considérablement dans les affaires publiques et, à tout le moins, empiéter de façon indésirable sur le pouvoir législatif [. . .] [J]'estime qu'un juge nommé en vertu de l'art. 96, qui se sert ainsi de l'énorme pouvoir de révision qui lui est conféré pour tirer l'autorité législative compétente de ses «erreurs», exerce ce pouvoir de façon excessive.

Le juge McClung poursuit en affirmant que le juge de première instance, en recourant à l'interprétation large, a passé outre à la volonté expresse des électeurs de la province de l'Alberta qui, s'exprimant par le truchement de leurs représentants parlementaires, ont décidé de ne pas inclure l'orientation sexuelle dans les catégories protégées par l'*IRPA*.

Pour les motifs que j'ai exposés précédemment, je ne puis, en toute déférence, voir dans l'élargissement de la portée de la Loi en l'espèce, un exercice non démocratique du pouvoir judiciaire. Je souscris plutôt aux vues de W. Black lorsqu'il affirme (*loc. cit.*, à la p. 128):

... there is no conflict between judicial review and democracy if judges intervene where there are indications that a decision was not reached in accordance with democratic principles. Democracy requires that all citizens be allowed to participate in the democratic process, either directly or through equal consideration by their representatives. Parliamentary sovereignty is a means to this end, not an end in itself.

In my view, the process by which the Alberta Legislature decided to exclude sexual orientation from the *IRPA* was inconsistent with democratic principles. Both the trial judge and all judges in the Court of Appeal agreed that the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* was a conscious and deliberate legislative choice. While McClung J.A. relies on this fact as a reason for the courts not to intervene, the theories of judicial review developed by several authors (see e.g. Black, *supra*; J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980); P. Monahan, "A Theory of Judicial Review Under the Charter", in *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada* (1987), at pp. 97-138; D. M. Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice* (1995)) suggest the opposite conclusion.

As I have already discussed, the concept of democracy means more than majority rule as Dickson C.J. so ably reminded us in *Oakes, supra*. In my view, a democracy requires that legislators take into account the interests of majorities and minorities alike, all of whom will be affected by the decisions they make. Where the interests of a minority have been denied consideration, especially where that group has historically been the target of prejudice and discrimination, I believe that judicial intervention is warranted to correct a democratic process that has acted improperly (see Black, *supra*; Jackman, *supra*, at p. 680).

At p. 35 of his reasons, McClung J.A. states:

Allowing judicial, and basically final, proclamation of legislative change ignores our adopted British parlia-

[TRADUCTION] ... la révision judiciaire n'entre pas en conflit avec la démocratie lorsque l'intervention des tribunaux vise des décisions qui ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques. La démocratie exige que tous les citoyens aient la possibilité de prendre part au processus démocratique, directement ou par le truchement de représentants qui leur accordent une considération égale. La souveraineté parlementaire est un moyen de parvenir à cette fin et non une fin en soi.

À mon avis, le processus par lequel la législature de l'Alberta a décidé d'exclure l'orientation sexuelle de l'*IRPA* n'était pas conforme aux principes démocratiques. Le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel ont convenu que l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* procédait d'un choix législatif conscient et délibéré. Bien que le juge McClung invoque ce fait pour justifier la non-intervention des tribunaux, plusieurs auteurs arrivent à la conclusion contraire dans les théories relatives à la révision judiciaire qu'ils ont élaborées (voir, par exemple, Black, *loc. cit.*; J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980); P. Monahan, «A Theory of Judicial Review Under the Charter», dans *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada* (1987), aux pp. 97 à 138; D. M. Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice* (1995)).

Je le répète, la notion de démocratie ne se limite pas à la règle de la majorité, ainsi que nous l'a si bien rappelé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité. À mon avis, la démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde. Si le législateur néglige de prendre en considération les intérêts d'une minorité, en particulier si cette minorité a été historiquement victime de préjugés et de discrimination, j'estime que le pouvoir judiciaire est justifié d'intervenir et de rectifier le processus démocratique faussé (voir Black, *loc. cit.*; Jackman, *loc. cit.*, à la p. 680).

Le juge McClung écrit, à la p. 35 de ses motifs:

[TRADUCTION] Permettre au pouvoir judiciaire d'apporter à des dispositions législatives des modifications pra-

175

176

177

mentary safeguards, historic in themselves, and which are the practical bulkheads that protect representative government. When unelected judges choose to legislate, parliamentary checks, balances and conventions are simply shelved.

178 With respect, I do not agree. When a court remedies an unconstitutional statute by reading in provisions, no doubt this constrains the legislative process and therefore should not be done needlessly, but only after considered examination. However, in my view, the “parliamentary safeguards” remain. Governments are free to modify the amended legislation by passing exceptions and defences which they feel can be justified under s. 1 of the *Charter*. Thus, when a court reads in, this is not the end of the legislative process because the legislature can pass new legislation in response, as I outlined above (see also Hogg and Bushell, *supra*). Moreover, the legislators can always turn to s. 33 of the *Charter*, the override provision, which in my view is the ultimate “parliamentary safeguard”.

179 On the basis of the foregoing analysis, I conclude that reading sexual orientation into the impugned provisions of the *IRPA* is the most appropriate way of remedying this underinclusive legislation. The appellants suggest that this remedy should have immediate effect. I agree. There is no risk in the present case of harmful unintended consequences upon private parties or public funds (see e.g. *Egan, supra*). Further, the mechanisms to deal with complaints of discrimination on the basis of sexual orientation are already in place and require no significant adjustment. I find additional support for my position in both *Haig, supra*, and *Newfoundland (Human Rights Commission) v. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694 (Nfld. S.C.), where sexual orientation was read into the impugned statutes without a suspension of the remedy. There is no evidence before this Court to

tiquement définitives c’est méconnaître les garanties parlementaires britanniques, elles-mêmes historiques, que nous avons fait nôtres et qui constituent de fait le rampart du gouvernement représentatif. Lorsque des juges non élus choisissent de légiférer, le système de poids, de contrepoids et de conventions parlementaires est tout simplement écarté.

En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion. Le recours par un tribunal à l’interprétation large pour corriger une loi inconstitutionnelle contraint certainement le processus législatif. En conséquence, il convient de ne pas retenir inutilement cette solution et de ne le faire qu’après mûre réflexion. Toutefois, les «garanties parlementaires» ne disparaissent pas, à mon avis, car les gouvernements demeurent libres de revenir sur la loi modifiée et d’y inclure les exceptions et les moyens de défense qui, d’après eux, peuvent se justifier sous le régime de l’article premier de la *Charte*. Ainsi, lorsqu’un tribunal recourt à l’interprétation large, il ne met pas un terme au processus législatif puisque le législateur peut en réponse adopter une nouvelle loi, comme je l’ai signalé plus haut (voir également Hogg et Bushell, *loc. cit.*). De plus, le législateur peut toujours invoquer l’art. 33 de la *Charte*, la disposition de dérogation, laquelle constitue, selon moi, la «garantie parlementaire» par excellence.

L’analyse qui précède m’amène à conclure que l’inclusion de l’orientation sexuelle dans l’*IRPA* par le recours à l’interprétation large est la meilleure façon de corriger la portée trop limitative de ce texte de loi. Les appelants soutiennent que la mesure corrective devrait prendre effet immédiatement. Je partage leur avis. Cette mesure ne risque pas d’entraîner des conséquences néfastes imprévues sur des particuliers ni sur les fonds publics (voir par ex. *Egan, précité*). En outre, les mécanismes permettant l’examen de plaintes de discrimination fondée sur l’orientation sexuelle existent déjà et ne nécessitent aucun aménagement important. L’arrêt *Haig, précité*, et la décision *Newfoundland (Human Rights Commission) c. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694 (C.S.T.-N.), me confortent dans cette position. Dans les deux cas, la décision d’ajouter l’orientation

suggest that any harm resulted from the immediate operation of the remedy in those cases.

III. Conclusions and Disposition

For the reasons outlined by Cory J., I conclude that the exclusion of sexual orientation from the protected grounds of discrimination in the *IRPA* violates s. 15 of the *Charter*. In addition, for the reasons set out above, the impugned legislation cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, and set aside the judgment of the Alberta Court of Appeal with party-and-party costs throughout.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do (a) decisions not to include sexual orientation or (b) the non-inclusion of sexual orientation, as a prohibited ground of discrimination in the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, as am., now called the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, c. H-11.7, infringe or deny the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to Question 1 is "yes", is the infringement or denial demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I am in general agreement with the results reached by my colleagues, Cory and Iacobucci JJ. While I agree with Iacobucci J.'s approach to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I wish to reiterate

sexuelle à la loi contestée n'était assortie d'aucune suspension. Aucun élément de preuve n'a été présenté à la Cour pour établir que l'application immédiate de la mesure corrective a causé un quelconque préjudice dans ces affaires.

III. Conclusions et dispositif

Pour les motifs exposés par le juge Cory, je conclus que l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs de discrimination interdits par l'*IRPA* enfreint l'art. 15 de la *Charte*. En outre, pour les motifs précédemment énoncés, la loi contestée ne peut être sauvegardée par application de l'article premier de la *Charte*. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi principal, de rejeter le pourvoi incident et d'annuler le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta avec dépens sur la base de frais entre parties devant toutes les cours.

Je suis d'avis de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles:

1. Est-ce que *a)* soit la décision de ne pas inclure l'orientation sexuelle, *b)* soit la non-inclusion de l'orientation sexuelle, en tant que motif de discrimination illicite dans le préambule et dans les art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 et 16(1) de l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, et ses modifications, intitulée maintenant *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, ch. H-11.7, a pour effet de nier les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou d'y porter atteinte?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la question 1 est «oui», est-ce que la négation ou l'atteinte peut être justifiée en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis d'accord pour l'essentiel avec les résultats auxquels parviennent mes collègues les juges Cory et Iacobucci. Bien que je souscrive à l'analyse du juge Iacobucci en ce qui concerne l'article premier de la *Charte*

180

181

182

the position which I have maintained throughout with respect to the approach to be taken to s. 15(1).

183

In my view, s. 15(1) of the *Charter* is first and foremost an equality provision. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171, this Court unanimously accepted s. 15's primary mission as "the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration". In *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 39, I articulated the approach to equality in a similar vein:

[A]t the heart of s. 15 is the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as equal human beings, equally capable, and equally deserving. A person or group of persons has been discriminated against within the meaning of s. 15 of the *Charter* when members of that group have been made to feel, by virtue of the impugned legislative distinction, that they are less capable, or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. These are the core elements of a definition of "discrimination" — a definition that focuses on impact (i.e. discriminatory effect) rather than on constituent elements (i.e. the grounds of the distinction). [Emphasis in original.]

Integral to the inquiry into whether a legislative distinction is in fact discriminatory within the meaning of s. 15(1) is an appreciation of both the social vulnerability of the affected individual or group, and the nature of the interest which is affected in terms of its importance to human dignity and personhood.

184

Given this purpose, every legislative distinction (including, as in this case, a legislative omission) which negatively impacts on an individual or group who has been found to be disadvantaged in our society, the impact of which deprives the individual or group of the law's protection or benefit in a way which negatively affects their human dignity and personhood, does not treat these persons

canadienne des droits et libertés, je tiens à réitérer l'approche que j'ai toujours préconisée en ce qui a trait au par. 15(1).

À mon avis, le par. 15(1) de la *Charte* est une disposition qui porte d'abord et avant tout sur l'égalité. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171, notre Cour a décidé à l'unanimité que l'art. 15 a pour objet principal de «favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération». Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 39, j'ai exposé de façon similaire la façon dont il convient d'aborder l'égalité:

[A]u cœur de l'art. 15 se situe la promotion d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît en tant qu'êtres humains égaux, tous aussi capables et méritants les uns que les autres. Une personne ou un groupe de personnes est victime de discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte* si, du fait de la distinction législative contestée, les membres de ce groupe ont l'impression d'être moins capables ou de moins mériter d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Ce sont là les éléments essentiels de la définition de la «discrimination» — une définition qui insiste davantage sur l'impact (c'est-à-dire l'effet discriminatoire) que sur les éléments constitutifs (c'est-à-dire les motifs de la distinction). [Souligné dans l'original.]

L'un des éléments essentiels de l'examen permettant de déterminer si une distinction législative est, de fait, discriminatoire au sens du par. 15(1), porte tant sur la vulnérabilité sociale de l'individu ou du groupe concerné que sur la nature du droit auquel il est porté atteinte quant à son importance pour la dignité humaine et la personnalité.

Compte tenu de cet objectif, toute distinction législative (y compris, comme en l'espèce, une omission du législateur) qui a un impact négatif sur une personne ou un groupe considéré comme désavantagé dans notre société et prive la personne ou le groupe de la protection et du bénéfice de la loi en portant atteinte à leur dignité humaine et à leur personnalité, n'accorde pas à ces personnes ou à

or groups with “equal concern, respect and consideration”. Consequently, s. 15(1) of the *Charter* is engaged. At this point, the burden shifts to the legislature to justify such an infringement of s. 15(1) under s. 1. It is at this stage only that the relevancy of the distinction to the legislative objective, among other factors, may be pertinent.

I do not agree with the centrality of enumerated and analogous grounds in Cory J.’s approach to s. 15(1). Although the presence of enumerated or analogous grounds may be indicia of discrimination, or may even raise a presumption of discrimination, it is in the appreciation of the nature of the individual or group who is being negatively affected that they should be examined. Of greatest significance to a finding of discrimination is the effect of the legislative distinction on that individual or group. As McIntyre J. stated for the Court in *Andrews, supra*, at p. 165:

To approach the ideal of full equality before and under the law . . . the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned. [Emphasis added.]

The s. 15(1) analysis should properly focus on uncovering and understanding the negative impacts of a legislative distinction on the affected individual or group, rather than on whether the distinction has been made on an enumerated or analogous ground. In my view, to instead make the presence of an enumerated or analogous ground a precondition to the search for discriminatory effects is inconsistent with a liberal and purposive approach to *Charter* interpretation generally, and specifically, to a *Charter* guarantee which is at the heart of our aspirations as a society that everyone be treated equally.

As a final comment, I wish to stress that I cannot agree with Cory J.’s incorporation of La Forest J.’s narrow approach to defining analogous grounds. At para. 90 of his reasons, Cory J. concludes that sexual orientation is an analogous

ces groupes «le même respect, la même déférence et la même considération». Le paragraphe 15(1) de la *Charte* est dès lors engagé. Il incombe alors au législateur de justifier une telle violation du par. 15(1) en application de l’article premier. C’est seulement à cette étape que d’autres facteurs, entre autres la pertinence de la distinction au regard de l’objectif législatif, peuvent être appropriés.

Je ne suis pas d’accord avec l’approche du juge Cory qui met l’accent sur les motifs énumérés et les motifs analogues dans son analyse du par. 15(1). Quoique ces motifs puissent être des indices de discrimination ou puissent même donner naissance à une présomption de discrimination, c’est dans l’appréciation de la nature de la personne ou du groupe lésé qu’ils doivent être examinés. Lorsqu’il s’agit de déterminer s’il y a discrimination, c’est l’effet de la distinction législative sur cette personne ou ce groupe qui revêt la plus haute importance. Comme le juge McIntyre l’a exprimé au nom de la Cour dans l’arrêt *Andrews*, précité, à la p. 165:

Pour s’approcher de l’idéal d’une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi [. . .] la principale considération doit être l’effet de la loi sur l’individu ou le groupe concerné. [Je souligne.]

L’analyse fondée sur le par. 15(1) devrait principalement viser à détecter et à comprendre les incidences négatives de la distinction législative sur la personne ou le groupe concerné plutôt qu’à déterminer si la distinction en cause a été établie sur le fondement d’un motif énuméré ou d’un motif analogue. À mon avis, faire de la présence d’un motif énuméré ou d’un motif analogue une condition préalable à la recherche des effets discriminatoires est incompatible, de façon générale, avec une interprétation de la *Charte* qui soit libérale et fondée sur l’objet visé et, en particulier, avec cette promesse de la *Charte* qui est au cœur même de nos aspirations, en tant que société: l’égalité pour tous.

En dernier lieu, je tiens à souligner que je ne puis donner mon adhésion à la reprise par le juge Cory de la définition stricte du juge La Forest en ce qui concerne les motifs analogues. Au paragraphe 90 de ses motifs, le juge Cory conclut que

ground because it is, in La Forest J.'s words from *Egan, supra*, at para. 5, "a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs". La Forest J. in *Egan*, at the end of para. 5, also restrictively characterized analogous grounds as being those based on "innate" characteristics. As demonstrated by McLachlin J., writing for the majority in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, this Court has endorsed a much more varied and comprehensive approach to the determination of whether a particular basis for discrimination is analogous to those grounds enumerated in s. 15(1). At paras. 148-49, she explained that:

One indicator of an analogous ground may be that the targeted group has suffered historical disadvantage, independent of the challenged distinction: *Andrews, supra*, at p. 152 *per* Wilson J.; *Turpin, supra*, at pp. 1331-32. Another may be the fact that the group constitutes a "discrete and insular minority": *Andrews, supra*, at p. 152 *per* Wilson J. and at p. 183 *per* McIntyre J.; *Turpin, supra*, at p. 1333. Another indicator is a distinction made on the basis of a personal characteristic; as McIntyre J. stated in *Andrews*, "(d)istinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed" (pp. 174-75). By extension, it has been suggested that distinctions based on personal and immutable characteristics must be discriminatory within s. 15(1): *Andrews, supra*, at p. 195 *per* La Forest J. Additional assistance may be obtained by comparing the ground at issue with the grounds enumerated, or from recognition by legislators and jurists that the ground is discriminatory: see *Egan v. Canada, supra, per* Cory J.

All of these may be valid indicators in the inclusionary sense that their presence may signal an analogous ground. But the converse proposition — that any or all of them must be present to find an analogous ground — is invalid. As Wilson J. recognized in *Turpin* (at

l'orientation sexuelle est un motif analogue parce qu'il s'agit, comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 5, d'«une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable». Le juge La Forest, dans l'arrêt *Egan*, à la fin du par. 5, a également qualifié de façon restrictive les motifs analogues lorsqu'il a dit qu'il s'agissait de motifs fondés sur des caractéristiques «innées». Comme l'a démontré le juge McLachlin, au nom de la majorité dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, notre Cour a adopté une méthode beaucoup plus nuancée et compréhensive pour déterminer si un motif particulier de discrimination est analogue aux motifs énumérés au par. 15(1). Aux paragraphes 148 et 149, elle a expliqué:

Un indice de motif analogue pourrait être le fait que le groupe visé a subi un désavantage historique, indépendamment de la distinction contestée: *Andrews*, précité, à la p. 152, le juge Wilson, et *Turpin*, précité, aux pp. 1331 et 1332. Un autre pourrait être que le groupe constitue une «minorité discrète et isolée»: *Andrews*, précité, à la p. 152, le juge Wilson, et à la p. 183, le juge McIntyre; *Turpin*, précité, à la p. 1333. Un autre indice serait le cas où une distinction est fondée sur une caractéristique personnelle; comme l'affirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, «[l]es distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement» (pp. 174 et 175). Par extension, on a soutenu que des distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles et immuables doivent être discriminatoires au sens du par. 15(1): *Andrews*, précité, à la p. 195, le juge La Forest. Une comparaison entre le motif soulevé et les motifs énumérés peut également être utile, de même que la reconnaissance que les législateurs et les juristes considèrent que le motif en question est discriminatoire: voir *Egan c. Canada*, précité, le juge Cory.

Tous ces éléments peuvent être des indices valides au sens où leur présence peut constituer un signe de l'existence d'un motif analogue. Cependant, n'est pas valide la proposition contraire — selon laquelle un ou l'ensemble de ces éléments doivent être présents si l'on veut

p. 1333), they are but “analytical tools” which may be “of assistance”. [Emphasis in original.]

This being said, I agree with Cory and Iacobucci JJ. to allow the appeal and dismiss the cross-appeal with costs

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting in part) — The *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 (“IRPA” or “the Act”), provided at the relevant time in its preamble among other things that the purpose of that human rights Act is to recognize the principle that all persons are equal in dignity and rights and to provide protection of those rights to all individuals in Alberta. It stated:

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world; and

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin; and

WHEREAS it is fitting that this principle be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those rights of the individual may be protected

Section 7 of the *IRPA* stated:

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or

(b) discrimination against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age,

conclure à l'existence d'un motif analogue. Comme l'a reconnu le juge Wilson dans l'arrêt *Turpin* (à la p. 1333), ils ne sont qu'«un moyen analytique» utilisé pour «déterminer» une question. [Souligné dans l'original.]

Cela dit, je suis d'accord avec les juges Cory et Iacobucci pour accueillir le pourvoi principal et rejeter le pourvoi incident avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident en partie) — Le préambule de l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2 («l'IRPA» ou la «Loi»), énonçait à l'époque en cause notamment que cette loi sur les droits de la personne visait à reconnaître le principe que chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits et à garantir à chacun l'exercice de ces droits en Alberta. Il était conçu ainsi:

[TRADUCTION]

ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de chacun constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que chacun jouisse de la même dignité et des mêmes droits sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine;

ATTENDU QU'il est opportun que ce principe soit consacré par la législature de l'Alberta au moyen d'un texte législatif garantissant ces droits de la personne

L'article 7 de la Loi prévoyait:

[TRADUCTION]

7(1) Nul employeur ni quiconque agissant pour son compte ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine:

a) soit refuser d'employer une personne ou refuser de continuer de l'employer;

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne en matière d'emploi ou de conditions d'emploi.

187

188

ancestry or place of origin of that person or of any other person.

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

Section 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides:

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

Analysis

189 In the preamble of the *IRPA* the Province of Alberta makes it clear that the purpose of the legislation is to recognize the principle that all persons are equal in dignity and rights, and to provide protection of those rights to all individuals in Alberta through the elimination of discriminatory practices.

190 Section 7 provides that no employer shall discriminate against any person with respect to employment because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person. The absence of sexual orientation from the enumerated grounds gave rise to the litigation resulting in this appeal.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

L'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit:

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

Analyse

Dans le préambule, la province de l'Alberta dit clairement que la Loi vise à reconnaître le principe que chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits et à garantir à chacun la jouissance de ces droits en Alberta par la suppression des pratiques discriminatoires.

L'article 7 prévoit que nul employeur ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine, exercer une discrimination contre une personne en matière d'emploi. L'absence de l'orientation sexuelle des motifs énumérés est à l'origine du litige donnant lieu au présent pourvoi.

The Province of Alberta was invited to but declined at the appeal to explain how people with different sexual orientation were not part of the phrase “all persons are equal in dignity and rights”. As well, the Province of Alberta failed to demonstrate how the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* accords with its legislative purpose. It is puzzling that the Legislature, having enacted comprehensive human rights legislation that applies to everyone in the province, would then selectively deny the protection of the Act to certain groups of individuals. No explanation was given, and none is apparent from the evidence filed by the Province.

The inescapable conclusion is that there is no reason to exclude that group from s. 7 and I agree with Justices Cory and Iacobucci that to do so is discriminatory and offends their constitutional rights.

While a number of submissions related to the appellant’s employment as a teacher this appeal will not be determinative of the matter between the appellant Vriend and his former employer, King’s College. Extension of the legislation, either by the Court or by the Legislature, to include protection from discrimination based on sexual orientation will provide the first step in allowing the appellant to have his complaint heard by the Alberta Human Rights Commission. The ultimate success of that action, however, will depend in part on whether the College can demonstrate that its refusal to continue to employ Vriend was based on a *bona fide* occupational requirement, pursuant to s. 7(3) of the *IRPA*. The issue of whether a private fundamentalist Christian college can legitimately refuse to employ a homosexual teacher will be for the Alberta Human Rights Commission, and not this Court, to decide.

With respect to remedy, Iacobucci J. relies on the reasoning in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, to support his conclusion that the

191
La province de l’Alberta a été invitée, dans le cadre du présent pourvoi, à expliquer comment il se faisait que les personnes ayant une orientation sexuelle différente n’étaient pas visées par l’expression «chacun jouisse de la même dignité et des mêmes droits», ce qu’elle a refusé de faire. En outre, elle n’a pas établi en quoi l’exclusion de l’orientation sexuelle de la Loi s’harmonisait avec l’objectif de celle-ci. Il est curieux de constater que la législature, après avoir adopté une loi d’ensemble sur les droits de la personne qui s’applique à toutes les personnes dans la province, voudrait priver de la protection de la Loi certains groupes de personnes ciblés. Aucune explication n’a été fournie ni ne ressort de la preuve déposée par la province.

192
On doit inévitablement conclure qu’il n’existe aucune raison d’exclure de l’art. 7 le groupe visé, et je suis d’accord avec les juges Cory et Iacobucci qu’une telle exclusion est discriminatoire et porte atteinte aux droits constitutionnels des personnes faisant partie de ce groupe.

193
Même si certains des arguments avancés portaient sur l’emploi de l’appellant à titre d’enseignant, le présent pourvoi ne saurait trancher le litige opposant l’appellant Vriend et son ancien employeur, le King’s College. La modification de la Loi, par la Cour ou la législature, de manière à ce qu’elle inclue la protection contre la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle constituera une première étape permettant à l’appellant de présenter sa plainte à l’Alberta Human Rights Commission. En bout de ligne, cependant, le succès de cette action dépendra en partie de la question de savoir si le King’s College peut établir que son refus de continuer de l’employer était fondé sur une exigence professionnelle justifiée, conformément au par. 7(3) de la Loi. Il appartiendra à l’Alberta Human Rights Commission, et non à notre Cour, de trancher la question de savoir si un collègue chrétien privé fondamentaliste peut légitimement refuser d’employer un enseignant homosexuel.

194
En ce qui concerne la réparation appropriée, le juge Iacobucci se fonde sur le raisonnement de la Cour dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2

words “sexual orientation” ought to be read into the *IRPA*. In my view, the analysis in *Schachter* with respect to reading in is not compelling here. The Court there decided that the appropriate remedy was to strike down the relevant legislation but temporarily suspend the declaration of invalidity. The directions on “reading in” were not as the Chief Justice stated at p. 719, intended “as hard and fast rules to be applied regardless of factual context”.

195 In my opinion, *Schachter* did not contemplate the circumstances that pertain here, that is, where the Legislature’s opposition to including sexual orientation as a prohibited ground of discrimination is abundantly clear on the record. Reading in may be appropriate where it can be safely assumed that the legislature itself would have remedied the underinclusiveness by extending the benefit or protection to the previously excluded group. That assumption cannot be made in this appeal.

196 The issue may be that the Legislature would prefer no human rights Act over one that includes sexual orientation as a prohibited ground of discrimination, or the issue may be how the legislation ought to be amended to bring it into conformity with the *Charter*. That determination is best left to the Legislature. As was stated in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169:

While the courts are guardians of the Constitution and of individuals’ rights under it, it is the legislature’s responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution’s requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. [Emphasis added.]

197 There are numerous ways in which the legislation could be amended to address the underinclusiveness. Sexual orientation may be added as a prohibited ground of discrimination to each of the

R.C.S. 679, pour étayer sa conclusion que la Loi devrait être interprétée comme si les mots «orientation sexuelle» y figuraient. À mon avis, l’analyse faite dans l’arrêt *Schachter* en ce qui concerne l’interprétation large ne s’impose pas en l’espèce. Dans cette affaire, la Cour avait conclu que la réparation appropriée consistait à annuler la disposition en cause, mais à suspendre temporairement l’effet de la déclaration d’invalidité. Comme l’a dit le Juge en chef à la p. 719, les instructions concernant l’«interprétation large» ne se voulaient pas «des règles rigides qui doivent être appliquées indépendamment des faits».

À mon avis, la Cour, dans l’arrêt *Schachter*, n’avait pas envisagé les circonstances de la présente affaire, soit le refus de la législature d’inclure l’orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, comme en fait foi très clairement le dossier. L’interprétation large peut être appropriée lorsque l’on peut supposer sans risque d’erreur que la législature elle-même aurait remédié à la nature trop limitative de la Loi en étendant le bénéfice ou la protection en question au groupe antérieurement exclu. Une telle supposition ne peut être faite dans le présent pourvoi.

Il se peut que la législature préfère ne pas adopter de loi en matière de droits de la personne plutôt que d’en adopter une qui comprenne l’orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, ou il s’agit peut-être de déterminer comment il faudrait modifier la Loi pour la rendre conforme à la *Charte*. Il vaut mieux laisser à la législature le soin de trancher cette question. Comme il a été dit dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 169:

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu’elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d’adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n’appartient pas aux tribunaux d’ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. [Je souligne.]

Il existe de nombreuses façons de modifier la Loi afin de remédier à sa nature trop limitative. L’orientation sexuelle pourrait être ajoutée comme motif de distinction illicite à chacune des disposi-

impugned provisions. In so doing, the Legislature may choose to define the term “sexual orientation”, or it may devise constitutional limitations on the scope of protection provided by the *IRPA*. As an alternative, the Legislature may choose to override the *Charter* breach by invoking s. 33 of the *Charter*, which enables Parliament or a legislature to enact a law that will operate notwithstanding the rights guaranteed in s. 2 and ss. 7 to 15 of the *Charter*. Given the persistent refusal of the Legislature to protect against discrimination on the basis of sexual orientation, it may be that it would choose to invoke s. 33 in these circumstances. In any event it should lie with the elected Legislature to determine this issue. They are answerable to the electorate of that province and it is for them to choose the remedy whether it is changing the legislation or using the notwithstanding clause. That decision in turn will be judged by the voters.

The responsibility of enacting legislation that accords with the rights guaranteed by the *Charter* rests with the legislature. Except in the clearest of cases, courts should not dictate how underinclusive legislation must be amended. Obviously, the courts have a role to play in protecting *Charter* rights by deciding on the constitutionality of legislation. Deference and respect for the role of the legislature come into play in determining how unconstitutional legislation will be amended where various means are available.

Given the apparent legislative opposition to including sexual orientation in the *IRPA*, I conclude that this is not an appropriate case for reading in. It is preferable to declare the offending sections invalid and provide the Legislature with an opportunity to rectify them. I would restrict the declaration of invalidity to the employment-related provisions of the *IRPA*, that is ss. 7(1), 8(1) and 10. While the same conclusions may apply to the remaining provisions of the *IRPA*, this Court has stated that *Charter* cases should not be considered

tions contestées. La législature pourrait alors décider de définir l’expression «orientation sexuelle», ou encore poser des limites constitutionnelles à la portée de la protection qu’accorde la Loi. Par ailleurs, la législature pourrait décider de protéger les dispositions qui portent atteinte à la *Charte*, en invoquant l’art. 33, lequel permet au Parlement ou à la législature d’une province d’adopter une loi qui aura effet indépendamment des droits garantis aux art. 2 et 7 à 15 de la *Charte*. Vu qu’elle persiste dans son refus d’accorder une protection contre la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle, la législature pourrait décider d’invoquer l’art. 33. De toute façon, il incombe à la législature, dont les membres ont été élus, de trancher cette question. En effet, ces derniers sont responsables devant l’électorat de la province et c’est à eux de choisir quelle voie prendre, qu’ils décident de modifier la loi ou encore d’invoquer la disposition de dérogation. Leur décision sera ensuite évaluée par les électeurs.

La responsabilité d’adopter des dispositions législatives qui s’harmonisent avec les droits garantis par la *Charte* incombe à la législature. Sauf dans les cas les plus manifestes, les tribunaux ne devraient pas imposer la façon dont une disposition de nature trop limitative doit être modifiée. Il va de soi que les tribunaux ont un rôle à jouer dans la protection des droits garantis par la *Charte*, rôle qui consiste à déterminer si les dispositions législatives adoptées par la législature sont valides sur le plan constitutionnel. Cependant, ils doivent faire preuve de retenue et respecter le rôle de la législature lorsqu’il existe plusieurs façons de modifier une disposition législative inconstitutionnelle.

Étant donné que la législature refuse manifestement d’inclure l’orientation sexuelle dans la Loi, je conclus que la présente affaire ne se prête pas à l’application de l’interprétation large. Il est préférable de déclarer invalides les dispositions fautives et de permettre à la législature de les rectifier. Je limiterais la déclaration d’invalidité aux dispositions de la Loi en matière d’emploi, soit les par. 7(1) et 8(1) ainsi que l’art. 10. Bien que les mêmes conclusions puissent s’appliquer aux autres dispositions de la Loi, notre Cour a déjà dit que les

in a factual vacuum: see *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361.

causes fondées sur la *Charte* ne doivent pas être examinées dans un vide factuel: voir *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la p. 361.

200 The only remaining issue is whether the declaration of invalidity ought to be temporarily suspended. In *Schachter*, Lamer C.J. stated that a declaration of invalidity may be temporarily suspended where the legislation is deemed unconstitutional because of underinclusiveness rather than overbreadth, and striking down the legislation would result in the deprivation of benefits from deserving persons without thereby benefitting the individual whose rights have been violated.

La seule question litigieuse qui reste à trancher est de savoir si la déclaration d'invalidité devrait être temporairement suspendue. Dans l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a dit que la déclaration d'invalidité pouvait être temporairement suspendue lorsque la loi est jugée inconstitutionnelle en raison de sa portée trop restreinte plutôt que trop large, et que l'annulation de la loi priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés.

201 There is no intention to deprive individuals in Alberta of the protection afforded by the *IRPA*, but only to ensure that the legislation is brought into conformity with the *Charter* while simultaneously respecting the role of the legislature. I would therefore order that the declaration of invalidity be suspended for one year to allow the Legislature an opportunity to bring the impugned provisions into line with its constitutional obligations.

La Cour n'a pas l'intention de priver les personnes vivant en Alberta de la protection de la Loi; elle veut uniquement s'assurer que la Loi soit rendue conforme à la *Charte*, tout en respectant le rôle de la législature. Je suis donc d'avis de suspendre la déclaration d'invalidité pour une période d'un an afin de permettre à la législature de modifier les dispositions contestées de façon à les rendre conformes à ses obligations constitutionnelles.

Conclusion

Conclusion

202 I agree with my colleagues that the exclusion of sexual orientation as a protected ground of discrimination from ss. 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* violates s. 15 of the *Charter* and cannot be saved under s. 1. I would declare these sections unconstitutional but suspend the declaration of invalidity for a period of one year.

Je suis d'accord avec mes collègues que l'exclusion de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite des par. 7(1) et 8(1) ainsi que de l'art. 10 de la Loi viole l'art. 15 de la *Charte* et ne peut être justifiée conformément à l'article premier. Je suis d'avis de déclarer inconstitutionnelles ces dispositions, mais de suspendre la déclaration d'invalidité pour une période d'un an.

Appeal allowed with costs, MAJOR J. dissenting in part. Cross-appeal dismissed with costs.

Pourvoi principal accueilli avec dépens, le juge MAJOR est dissident en partie. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellants: Chivers Greckol & Kanee, Edmonton.

Procureurs des appelants: Chivers Greckol & Kanee, Edmonton.

Solicitors for the respondents: Miles Davison McCarthy, Calgary.

Procureurs des intimés: Miles Davison McCarthy, Calgary.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Brian Saunders and James Hendry, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the Alberta Civil Liberties Association: Pundit & Chotalia, Edmonton.

Solicitors for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE): Nelligan Power, Ottawa.

Solicitor for the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF): Claire Klassen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Foundation for Equal Families: Scott & Ayles, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Human Rights Commission: William F. Pentney and Patricia Lawrence, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association — Alberta Branch: McCarthy Tétrault, Calgary.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA): Thomas S. Kuttner, Fredericton.

Solicitors for the intervener the Canadian AIDS Society: Elliott, Rodrigues, Toronto.

Solicitors for the intervener the Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Witten Binder, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: Brian Saunders et James Hendry, Ottawa.

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

Procureurs de l'intervenante l'Alberta Civil Liberties Association: Pundit & Chotalia, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE): Nelligan Power, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ): Claire Klassen, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Foundation for Equal Families: Scott & Ayles, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: William F. Pentney et Patricia Lawrence, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien — Division de l'Alberta: McCarthy Tétrault, Calgary.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCDP): Thomas S. Kuttner, Fredericton.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne du SIDA: Elliott, Rodrigues, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Witten Binder, Edmonton.

Solicitors for the intervener Christian Legal Fellowship: Milner Fenerty, Calgary.

Solicitor for the intervener the Alberta Federation of Women United for Families: Dallas K. Miller Law Office, Medicine Hat.

Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Milner Fenerty, Calgary.

Solicitors for the intervener Focus on the Family (Canada) Association: Milner Fenerty, Calgary.

Procureurs de l'intervenant le Christian Legal Fellowship: Milner Fenerty, Calgary.

Procureur de l'intervenante l'Alberta Federation of Women United for Families: Dallas K. Miller Law Office, Medicine Hat.

Procureurs de l'intervenant l'Evangelical Fellowship of Canada: Milner Fenerty, Calgary.

Procureurs de l'intervenante la Focus on the Family (Canada) Association: Milner Fenerty, Calgary.

Les Éditions Vice-Versa inc. *Appellant*

and

Gilbert Duclos *Appellant*

v.

Pascale Claude Aubry *Respondent*

and

Canadian Broadcasting Corporation *Intervener*

INDEXED AS: AUBRY v. ÉDITIONS VICE-VERSA INC.

File No.: 25579.

1997: December 8; 1998: April 9.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil liability — Invasion of privacy — Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission — Whether publication of photograph infringes teenager's right to her image and to privacy — Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph — Whether publication of photograph caused teenager prejudice — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1, 49.

Civil rights — Right to privacy — Right to one's image — Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission — Balancing of right to privacy and freedom of expression — Whether publication of photograph infringes teenager's right to her image and to privacy — Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1.

Les Éditions Vice-Versa inc. *Appelante*

et

Gilbert Duclos *Appelant*

c.

Pascale Claude Aubry *Intimée*

et

Société Radio-Canada *Intervenante*

RÉPERTOIRE: AUBRY c. ÉDITIONS VICE-VERSA INC.

N° du greffe: 25579.

1997: 8 décembre; 1998: 9 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Atteinte à la vie privée — Publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente prise dans un lieu public sans sa permission — La publication de cette photographie porte-t-elle atteinte au droit à l'image et à la vie privée de l'adolescente? — La publication de la photographie est-elle permise en vertu de la liberté d'expression artistique ou du droit du public à l'information? — La publication de la photographie a-t-elle causé un préjudice à l'adolescente? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 5, 9.1, 49.

Libertés publiques — Droit à la vie privée — Droit à l'image — Publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente prise dans un lieu public sans sa permission — Pondération du droit à la vie privée et de la liberté d'expression — La publication de cette photographie porte-t-elle atteinte au droit à l'image et à la vie privée de l'adolescente? — La publication de la photographie est-elle permise en vertu de la liberté d'expression artistique ou du droit du public à l'information? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 5, 9.1.

Civil rights — Freedom of expression — Freedom of artistic expression — Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission — Balancing of right to privacy and freedom of expression — Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph even though such publication infringes teenager's right to her image and to privacy — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1.

Costs — Additional costs — Important case — Additional award of costs inappropriate here even if this were recognized to be test case — Including additional costs in claim for damages inconsistent with art. 477 C.C.P. — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 477 — Tariff of judicial fees of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, s. 15.

The respondent brought an action in civil liability against the appellants, a photographer and the publisher of a magazine, for taking and publishing, in a magazine dedicated to the arts, a photograph showing the respondent, then aged 17, sitting on the steps of a building. The photograph, which was taken in a public place, was published without the respondent's consent. The trial judge recognized that the unauthorized publication of the photograph constituted a fault and ordered the appellants to pay \$2,000 jointly and severally. The majority of the Court of Appeal affirmed this decision.

Held (Lamer C.J. and Major J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Bastarache JJ.: Although the infringement of a right guaranteed by the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* gives rise, under s. 49 para. 1, to an action for moral and material prejudice, such an action is subject to the civil law principles of recovery. As a result, the traditional elements of liability must be established.

The right to one's image is an element of the right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*. If the purpose of the right to privacy is to protect a sphere of individual autonomy, it must include the ability to control the use made of one's image. There is an infringement of a person's right to his or her image and, therefore, fault as soon as the image is published without consent and enables the person to be identified.

Libertés publiques — Liberté d'expression — Liberté d'expression artistique — Publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente prise dans un lieu public sans sa permission — Pondération du droit à la vie privée et de la liberté d'expression — La publication de la photographie est-elle permise en vertu de la liberté d'expression artistique même si cette publication porte atteinte au droit à l'image et à la vie privée de l'adolescente? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 5, 9.1.

Dépens — Dépens additionnels — Cause importante — Dépens additionnels inappropriés dans la présente affaire même s'il était reconnu qu'il s'agit d'une cause-type — Inclusion de dépens additionnels dans une réclamation en dommages-intérêts contraire à l'art. 477 C.p.c. — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 477 — Tarif des honoraires judiciaires des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13, art. 15.

L'intimée a intenté une action en responsabilité civile contre les appelants, un photographe et l'éditeur d'une revue, pour avoir pris et publié dans une revue à vocation artistique une photographie représentant l'intimée, alors âgée de 17 ans, assise sur les marches d'un édifice. La photographie, qui a été prise dans un lieu public, a été publiée sans le consentement de l'intimée. Le juge de première instance a reconnu que la publication non autorisée de la photographie constituait une faute et a condamné solidairement les appelants à payer 2 000 \$. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé cette décision.

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

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci et Bastarache: Bien que la violation d'un droit consacré par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec crée, à l'art. 49 al. 1, un recours pour préjudices moral et matériel, ce recours est sujet aux principes de recouvrement du droit civil. Par conséquent, les éléments traditionnels de responsabilité doivent être établis.

Le droit à l'image est une composante du droit à la vie privée inscrit à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. Dans la mesure où le droit à la vie privée cherche à protéger une sphère d'autonomie individuelle, il doit inclure la faculté d'une personne de contrôler l'usage qui est fait de son image. Il faut parler de violation du droit à l'image et, par conséquent, de faute dès que l'image est publiée sans consentement et qu'elle permet d'identifier la personne en cause.

However, the right to respect for one's private life comes into conflict here with the right to freedom of expression protected by s. 3 of the Quebec *Charter*. Freedom of expression includes freedom of artistic expression, and it is unnecessary to create special categories of expression. The right to respect for one's private life, like freedom of expression, must be interpreted in accordance with s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The public's right to information, supported by freedom of expression, places limits on the right to respect for one's private life in certain circumstances. The balancing of the rights in question depends both on the nature of the information and on the situation of those concerned. In short, this is a question that depends on the context. For the purposes of legal analysis, it is inappropriate to resort to the notion of "socially useful information" adopted by the Court of Appeal.

In this case, the appellants are liable *a priori*, since the photograph was published when the respondent was identifiable. The artistic expression of the photograph cannot justify the infringement of the right to privacy it entails. An artist's right to publish his or her work is not absolute and cannot include the right to infringe, without any justification, a fundamental right of the subject whose image appears in the work. It has not been shown that the public's interest in seeing this photograph is predominant. In these circumstances, the respondent's right to protection of her image is more important than the appellants' right to publish the photograph of the respondent without first obtaining her permission. As for the causal connection between the publication of the photograph and the prejudice, there clearly is one.

Finally, although the infringement of a right guaranteed by the Quebec *Charter* is in itself insufficient to establish that prejudice has been sustained, the evidence, while limited, could serve as a basis for the extrapatrimonial damages awarded. While the trial judge did make some errors in assessing the moral prejudice, these errors do not call into question the existence of such prejudice resulting from the infringement of the respondent's right to respect for her private life and accordingly do not warrant this Court's intervention to reduce a compensatory award that, although high, is within reasonable limits.

Per Lamer C.J. (dissenting): In civil liability, even though the respondent alleges that the appellants infringed a right guaranteed to her by the Quebec *Charter*, she must prove that a fault committed by the appellants caused her prejudice. Although the law of civil lia-

Cependant, le droit au respect de la vie privée se heurte, en l'instance, au droit à la liberté d'expression protégé à l'art. 3 de la *Charte* québécoise. La liberté d'expression comprend la liberté d'expression artistique et il n'y a pas lieu de créer de catégories particulières d'expression. Le droit au respect de la vie privée comme la liberté d'expression doivent recevoir une interprétation conforme aux dispositions de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Le droit du public à l'information, soutenu par la liberté d'expression, impose des limites au droit au respect de la vie privée dans certaines circonstances. La pondération des droits en cause dépend de la nature de l'information, mais aussi de la situation des intéressés. En somme, c'est une question qui dépend du contexte. Sur le plan de l'analyse juridique, il est inutile de recourir à la notion de l'«information socialement utile» retenue par la Cour d'appel.

En l'espèce, la responsabilité des appelants est *a priori* engagée puisqu'il y a eu publication de la photographie alors que l'intimée était identifiable. L'expression artistique de la photographie ne peut justifier l'atteinte au droit à la vie privée qu'elle comporte. Le droit d'un artiste de faire connaître son œuvre n'est pas absolu et ne saurait comprendre le droit de porter atteinte, sans justification aucune, à un droit fondamental du sujet dont l'œuvre dévoile l'image. L'intérêt dominant du public à prendre connaissance de cette photographie n'a pas été démontré. Dans les présentes circonstances, le droit de l'intimée à la protection de son image est plus important que le droit des appelants à publier la photographie de l'intimée sans avoir obtenu sa permission au préalable. Quant au lien de causalité entre la publication de la photographie et le préjudice, il existe clairement.

Enfin, bien que l'on ne puisse imputer un préjudice au seul fait qu'il y a eu atteinte à un droit garanti par la *Charte* québécoise, la preuve, quoique peu étoffée, pouvait constituer un fondement aux dommages extrapatrimoniaux accordés. Malgré certaines erreurs dans l'appréciation du préjudice moral, ces erreurs du premier juge ne remettent pas en cause l'existence d'un tel préjudice résultant de l'atteinte au droit au respect de la vie privée de l'intimée et ne justifient donc pas que notre Cour intervienne pour réduire une indemnité qui, bien qu'élevée, est située dans les limites du raisonnable.

Le juge en chef Lamer (dissident): En matière de responsabilité civile, même si l'intimée allègue que les appelants ont porté atteinte à un droit que lui garantit la *Charte* québécoise, elle doit prouver qu'une faute des appelants lui a causé un préjudice. Bien que le droit de

bility is informed by the constitutional or quasi-constitutional rights protected by the charters of rights, we must be reluctant to view fault as amounting to a violation of rights alone. Mere infringement of a right or freedom does not necessarily constitute fault. It is unjustifiable infringements that constitute fault. It is also necessary to give the first paragraph of s. 9.1 of the Quebec *Charter* — which provides that rights and freedoms must be exercised in relation to each other, with proper regard for public order, democratic values and general well-being — an interpretative significance and adapt the law of civil liability, as needed, to make it consistent with the rights guaranteed by the Quebec *Charter*. The rights concerned must therefore be balanced. In short, the concept of fault is central to the resolution of this case. Such an approach recognizes the flexible and contextual nature of this concept, and its capacity to reconcile the rights relied upon. A reasonable person respects the rights and freedoms of everyone and carries out his or her obligations while bearing his or her own rights in mind. This approach is also consistent with the wording of s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

Here, the dissemination of the respondent's image constituted a violation of her privacy and of her right to her image. In the abstract, to appropriate another person's image without his or her consent to include it in a publication constitutes a fault. However, in light of the first paragraph of s. 9.1 of the Quebec *Charter*, the respondent's right to privacy must be interpreted and harmonized in a manner consistent with the appellants' freedom of expression and the public's right to information, which is guaranteed by s. 44 of the Quebec *Charter*. In matters involving the right to one's image, this harmonizing role is played by the concept of the public interest. The content of this concept depends on the nature of the information conveyed by the image and on the situation of the parties involved. On the other hand, it must be balanced against the reasonable expectation of privacy of the person whose image is reproduced and, generally, against the severity of the infringement of the parties' rights. The concept of public interest limited to the right to receive "socially useful information" is too narrow. In this case, the public interest does not justify the appellants' fault. The photographer could easily have obtained the respondent's consent, but did not do so. As for causality, it is not at issue. Regarding prejudice, the Quebec law of civil liability requires proof of prejudice resulting from the fault. The respondent's simple statement that her classmates laughed at her does not in itself constitute sufficient evidence of prejudice, since it does not provide any information

la responsabilité civile tient compte des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels protégés par les chartes des droits, il faut hésiter à résumer la faute à la seule violation de droits subjectifs. La simple atteinte à un droit ou à une liberté ne saurait constituer nécessairement une faute. Ce sont les atteintes injustifiables qui constituent une faute. Il faut également donner une portée interprétative au premier alinéa de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, qui prescrit que les droits et libertés doivent s'exercer les uns par rapport aux autres, dans le respect de l'ordre public, des valeurs démocratiques et du bien-être général, et adapter, au besoin, le droit de la responsabilité civile pour le rendre conforme aux droits garantis par la *Charte* québécoise. Il faut donc pondérer les droits en présence. En somme, la notion de faute est centrale à la résolution du présent litige. Une telle approche reconnaît le caractère souple et contextuel de cette notion et son habileté à concilier les droits subjectifs invoqués. La personne raisonnable respecte les droits et libertés de tous et assume ses obligations en étant au fait de ses propres droits. Cette approche est également conforme à la lettre de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

En l'espèce, la diffusion de l'image de l'intimée constitue une atteinte à sa vie privée et à son droit à l'image. *In abstracto*, s'approprier l'image d'autrui sans son consentement pour l'inclure dans une publication constitue une faute. Cependant, vu le premier alinéa de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, le droit à la vie privée de l'intimée doit s'interpréter et s'harmoniser d'une façon cohérente avec la liberté d'expression des appelants et le droit à l'information du public, garanti par l'art. 44 de la *Charte* québécoise. En matière de droit à l'image, c'est la notion d'intérêt public qui joue ce rôle d'harmonisation. Le contenu de cette notion dépend de la nature de l'information véhiculée par l'image et de la situation des parties en présence. En revanche, elle est pondérée par les attentes raisonnables en matière de vie privée que peut avoir la personne dont l'image est reproduite, et généralement par l'importance de l'atteinte aux droits des parties en litige. La notion d'intérêt public limitée au droit de prendre connaissance d'«information socialement utile» est trop étroite. Dans la présente affaire, l'intérêt public ne justifie pas la faute des appelants. Le photographe aurait aisément pu obtenir le consentement de l'intimée, mais il ne l'a pas fait. Quant au lien de causalité, il ne pose aucun problème. En ce qui concerne le préjudice, le droit québécois de la responsabilité civile exige la preuve d'un préjudice résultant de la faute. Or, la simple affirmation de l'intimée que des collègues de classe ont ri d'elle ne constitue pas en soi une preuve adéquate de préjudice puisque cette affirmation

about how she felt. Nor is there any evidence that the respondent has become a "well-known figure" or that the instant proceedings and the media coverage they received have increased her notoriety.

Per Major J. (dissenting): The appeal should be allowed for the reasons of the dissenting judge in the Court of Appeal that there was no evidence of damage.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ.

Referred to: *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Field v. United Amusement Corp.*, [1971] C.S. 283; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Estate of Presley v. Russen*, 513 F.Supp. 1339 (1981); *Current Audio, Inc. v. RCA Corp.*, 337 N.Y.S.2d 949 (1972); *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Moises v. Canadian Newspaper Co.*, [1997] 1 W.W.R. 337; *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Kowarsky v. Procureur général du Québec*, [1988] R.D.J. 339; *Droit de la famille — 1777*, [1994] R.J.Q. 1493; *Banque canadienne impériale de commerce v. Aztec Iron Corp.*, [1978] C.S. 266; *Berthiaume v. Rénodépôt inc.*, [1996] R.J.Q. 1323.

By Lamer C.J. (dissenting)

Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc., [1996] 2 S.C.R. 345; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Deschamps v. Renault Canada (1977)*, 18 C. de D. 937; *Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Syndicat des communications graphiques local 41-M v. Journal de Montréal*, [1994] R.D.J. 456; *Towner v.*

ne fournit aucune information sur ses sentiments. Il n'y a également aucune preuve que l'intimée est devenue une «figure connue» ou que les présentes procédures et leur médiatisation ont accru sa notoriété.

Le juge Major (dissident): Le pourvoi est accueilli pour les raisons exposées par le juge dissident en Cour d'appel, selon lesquelles il n'y avait aucune preuve de préjudice.

Jurisprudence

Citée par les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache

Arrêts mentionnés: *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Field c. United Amusement Corp.*, [1971] C.S. 283; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Estate of Presley c. Russen*, 513 F.Supp. 1339 (1981); *Current Audio, Inc. c. RCA Corp.*, 337 N.Y.S.2d 949 (1972); *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Moises c. Canadian Newspaper Co.*, [1997] 1 W.W.R. 337; *CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Kowarsky c. Procureur général du Québec*, [1988] R.D.J. 339; *Droit de la famille — 1777*, [1994] R.J.Q. 1493; *Banque canadienne impériale de commerce c. Aztec Iron Corp.*, [1978] C.S. 266; *Berthiaume c. Rénodépôt inc.*, [1996] R.J.Q. 1323.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc., [1996] 2 R.C.S. 345; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Deschamps c. Renault Canada (1977)*, 18 C. de D. 937; *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Syndicat des communications graphiques local 41-M c. Journal de Montréal*, [1994] R.D.J. 456; *Towner c.*

Constructions H. Rodrigue inc., [1991] R.J.Q. 381; *Gazette (The) (Division Southam inc.) v. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30; *Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 4, 5, 9.1 [en. 1982, c. 61, s. 2], 44, 49.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1073.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 36.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 477, para. 1.
Tariff of judicial fees of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, s. 15 [published at R.R.Q. 1981, p. 157 (Supp.)].

Authors Cited

Caron, Madeleine. "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 197.
 Chevette, François. "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit" (1987), 21 *R.J.T.* 461.
 Deleury, Édith, et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.
 Glenn, H. Patrick. "Le droit au respect de la vie privée" (1979), 39 *R. du B.* 879.
 Kayser, Pierre. *La protection de la vie privée*, 2^e éd. Paris: Économica, 1990.
 Nerson, R. *Les droits extrapatrimoniaux*. Paris: L.G.D.J., 1939.
 Perret, Louis. "De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec" (1981), 12 *R.G.D.* 121.
 Potvin, Louise. *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég. Commission permanente de la justice, Étude des projets de loi nos 101, 219, 260, 254, 262, 269, 278, 221 et 86 — Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, 16 décembre 1982, n° 230, p. B-11609.
 Ravanias, J. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Paris: L.G.D.J., 1978.

Constructions H. Rodrigue inc., [1991] R.J.Q. 381; *Gazette (The) (Division Southam inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30; *Rebeiro c. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 4, 5, 9.1 [ad. 1982, ch. 61, art. 2], 44, 49.
Code civil du Bas Canada, art. 1053, 1073.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 36.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 477, al. 1.
Tarif des honoraires judiciaires des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13, art. 15.

Doctrine citée

Caron, Madeleine. «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne» (1978), 56 *R. du B. can.* 197.
 Chevette, François. «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit» (1987), 21 *R.J.T.* 461.
 Deleury, Édith, et Dominique Goubau. *Le droit des personnes physiques*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.
 Glenn, H. Patrick. «Le droit au respect de la vie privée» (1979), 39 *R. du B.* 879.
 Kayser, Pierre. *La protection de la vie privée*, 2^e éd. Paris: Économica, 1990.
 Nerson, R. *Les droits extrapatrimoniaux*. Paris: L.G.D.J., 1939.
 Perret, Louis. «De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec» (1981), 12 *R.G.D.* 121.
 Potvin, Louise. *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég. Commission permanente de la justice, Étude des projets de loi nos 101, 219, 260, 254, 262, 269, 278, 221 et 86 — Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, 16 décembre 1982, n° 230, p. B-11609.
 Ravanias, J. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Paris: L.G.D.J., 1978.

Vallières, Nicole. *La presse et la diffamation*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1985.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1996] R.J.Q. 2137, 141 D.L.R. (4th) 683 (*sub nom. Aubry v. Duclos*), 71 C.P.R. (3d) 59, [1996] Q.J. No. 2116 (QL), affirming a decision of the Court of Québec, [1991] R.R.A. 421. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Major J. dissenting.

Guylaine Bachand, for the appellant Les Éditions Vice-Versa inc.

Vivianne De Kinder, for the appellant Duclos.

Nathalie Charbonneau and *Yves Archambault*, for the respondent.

Marc-André Blanchard and *Marie-Philippe Bouchard*, for the interveners.

English version of the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — I have had the opportunity to read the joint reasons of Justices L'Heureux-Dubé and Bastarache and, while I generally agree with them, I cannot fully subscribe to their analytical approach or their conclusion. I wish to make certain comments concerning the nature of the right to one's image and how I believe rights should be incorporated into an analysis of civil liability. Furthermore, I would allow this appeal because there is no evidence of damage.

I. Civil Liability and Rights

To a great extent, the oral arguments of the parties in this Court concerned the scope of the right to one's image and the limits imposed on it by the freedom of expression of a photographer and that of a publishing company. To this effect, the intervenor Canadian Broadcasting Corporation relied on this Court's freedom of expression jurisprudence to challenge the scope of a person's right to his or her image. The important role played by freedom of expression in our society was raised. While these submissions are most relevant to the

Vallières, Nicole. *La presse et la diffamation*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1996] R.J.Q. 2137, 141 D.L.R. (4th) 683 (*sub nom. Aubry c. Duclos*), 71 C.P.R. (3d) 59, [1996] A.Q. n° 2116 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour du Québec, [1991] R.R.A. 421. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et le juge Major sont dissidents.

Guylaine Bachand, pour l'appelante Les Éditions Vice-Versa inc.

Vivianne De Kinder, pour l'appellant Duclos.

Nathalie Charbonneau et *Yves Archambault*, pour l'intimée.

Marc-André Blanchard et *Marie-Philippe Bouchard*, pour l'intervenante.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident) — J'ai eu l'occasion de lire les motifs conjoints des juges L'Heureux-Dubé et Bastarache et, bien que je sois généralement d'accord avec eux, je ne puis souscrire entièrement à leur méthode d'analyse et à leur conclusion. D'une part, je formulerais certains commentaires quant à la nature du droit à l'image et à la façon dont je crois qu'il faut intégrer les droits subjectifs dans une analyse de responsabilité civile. D'autre part, j'accueillerais le présent pourvoi compte tenu de l'absence de preuve de dommage.

I. La responsabilité civile et les droits subjectifs

Dans une large mesure, les plaidoiries des parties en cette Cour ont porté sur l'étendue du droit à l'image et les limites que lui imposent les libertés d'expression d'un photographe et d'une maison d'édition. C'est ainsi que l'intervenante, la Société Radio-Canada, s'est appuyée sur la jurisprudence de cette Cour en matière de liberté d'expression pour contester la portée du droit d'une personne à son image. On a invoqué l'important rôle que joue la liberté d'expression dans notre société. Bien que ces arguments soient fort utiles à la résolution du

resolution of the case, I think it is important to clarify first how rights influence our analysis of civil liability. This approach makes clear to us how to reconcile the conflicting values at issue.

3 I would stress that the concept of fault is central to the resolution of this case. Before the Quebec legislature enacted a charter of human rights and freedoms, it was the law of civil liability, with all its flexibility, that protected privacy and the individual's interest in his or her image in Quebec private law. I read with interest the reasons of the judges of the Court of Appeal on this topic. In enacting its *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, the legislature thus consolidated the advances of civil liability in the protection of human rights: M. Caron, "Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 197, at pp. 199-200; H. P. Glenn, "Le droit au respect de la vie privée" (1979), 39 *R. du B.* 879, at pp. 880-81.

4 This Court recognized the historical and conceptual continuity between the law of civil liability and the Quebec *Charter* in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345. The Court held at para. 120, *per* Gonthier J., that the constituent elements of the remedy available under s. 49 of the Quebec *Charter* cannot be distinguished from those of the general civil liability remedy:

The fact that an interpreter of the *Charter* first has to clarify the scope of a protected right in light of a specific provision does not make this exercise any different from the one that involves deducing a specific application from the principle recognized in art. 1053 *C.C.L.C.*

5 My intention here is to place the analytical approach that characterizes the dispute in this case as being primarily a conflict between the rights of the respondent and those of the appellants in its proper theoretical context. Accordingly, even though she relies on a certain right to her image,

litige, je crois qu'il importe de préciser d'abord la façon dont les droits subjectifs influencent notre analyse de la responsabilité civile. Cette approche nous éclaire sur la façon de réconcilier les valeurs contradictoires en présence.

J'insiste sur le fait que la notion de faute est centrale à la résolution du litige. Avant que le législateur québécois n'édicte une charte des droits et libertés de la personne, c'était le régime de la responsabilité civile, avec toute la souplesse qu'on lui connaît, qui protégeait en droit privé québécois la vie privée et l'intérêt à l'image. À ce sujet, j'ai lu avec intérêt les motifs des juges de la Cour d'appel. Ainsi, en adoptant sa *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, le législateur a cristallisé les avances de la responsabilité civile en matière de protection des droits de la personne: M. Caron, «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne» (1978), 56 *R. du B. can.* 197, aux pp. 199 et 200; H. P. Glenn, «Le droit au respect de la vie privée» (1979), 39 *R. du B.* 879, aux pp. 880 et 881.

Cette Cour a d'ailleurs reconnu une telle continuité historique et conceptuelle entre le droit de la responsabilité civile et la *Charte* québécoise dans l'affaire *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345. Sous la plume du juge Gonthier au par. 120, nous avons affirmé que le recours que confère l'art. 49 de la *Charte* québécoise ne se distingue pas du recours général en responsabilité civile par ses éléments constitutifs:

Le fait que l'interprète de la *Charte* ait d'abord à préciser la portée d'un droit protégé à la lumière d'un texte précis ne différencie pas cet exercice de celui qui consiste à déduire du principe reconnu à l'art. 1053 *C.c.B.C.* une application particulière.

Je tiens ainsi à replacer dans son contexte théorique propre la méthode analytique qui qualifie le différend en l'espèce comme étant avant tout un conflit entre les droits subjectifs de l'intimée et des appelants. En conséquence, malgré qu'elle invoque un certain droit à l'image, la demanderesse intimée

the plaintiff respondent must prove that a fault committed by the appellants caused her prejudice.

I also wish to point out that the parties referred us to a number of public law cases. I do not doubt that the law of civil liability is informed by the constitutional or “quasi-constitutional” rights protected by the Charters. I am certain that a reasonable person respects everyone’s right to privacy, right to his or her image and freedom of expression in accordance with the Charters. However, I believe that it is important to emphasize the comprehensive and contextual nature of civil fault. We should be reluctant to view fault as amounting to a violation of rights alone. In my view, such an approach is riddled with obstacles, of which the following are those that appear most obvious to me.

More often than not, the decisions of this Court concerning fundamental rights have been rendered in the criminal law context. It must first be asked whether those decisions are directly applicable to a dispute between private parties, as in the case at bar. Although I do not intend to give a general answer to this question, my comments can be illustrated with an example.

Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protects against unreasonable search and seizure, thereby guaranteeing a certain right to privacy. However, the decisions of this Court relating to s. 8 recognize that there is a fundamental difference between a person’s reasonable expectation of privacy in his or her dealings with the state and the same person’s reasonable expectation of privacy in his or her dealings with ordinary citizens. I refer here to the reasons of the majority of this Court in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 43-45, and *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at pp. 48-55. For example, La Forest J. wrote in *Wong*, at p. 48: “it must follow that there is an important difference between the risk that our activities may be observed by other persons, and the risk that agents of the state, in the absence of prior authorization, will permanently record those activities on videotape”. In the view of La Forest J. it is possible to consent to one of these risks without consenting to

doit prouver qu’une faute des appelants lui a causé préjudice.

Je souligne aussi que les parties nous ont cité nombre d’arrêts de droit public. Je ne doute pas que le droit de la responsabilité civile tient compte des droits constitutionnels ou «quasi constitutionnels» protégés par les chartes. Je suis certain que la personne raisonnable respecte le droit à la vie privée, le droit à l’image et la liberté d’expression de tous, en conformité avec les chartes. Mais je crois qu’il importe de souligner le caractère global et contextuel de la faute civile. Il faudrait hésiter à résumer la faute à la seule violation de droits subjectifs. Je crois qu’une telle approche est parsemée d’écueils dont voici ceux qui m’apparaissent les plus notoires.

Plus souvent qu’autrement, la jurisprudence de cette Cour sur les droits fondamentaux a été élaborée dans le contexte du droit pénal. En premier lieu, il convient de se demander si cette jurisprudence peut trouver une application immédiate lorsque nous sommes en présence d’un conflit opposant des parties privées, comme en l’espèce. Sans vouloir conclure sur cette question d’une façon générale, un exemple illustre mes propos.

L’article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* offre une protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, et garantit de ce fait un certain droit à la vie privée. Toutefois, la jurisprudence de cette Cour portant sur l’art. 8 admet l’existence d’une différence fondamentale entre les attentes raisonnables de vie privée d’une personne dans ses rapports avec l’État, et ses attentes raisonnables de vie privée dans ses rapports avec de simples citoyens. Je fais ici allusion aux motifs majoritaires de cette Cour dans les affaires *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, aux pp. 43 à 45, et *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, aux pp. 48 à 55. Par exemple, le juge La Forest écrit dans l’arrêt *Wong* à la p. 48: «il s’ensuit nécessairement qu’il existe une différence importante entre le risque que nos activités soient observées par d’autres personnes et le risque que des agents de l’État, sans autorisation préalable, enregistrent de façon permanente ces activités sur bande magné-

6

7

8

the other (at p. 51): “We must be prepared to live with the first risk, but, in a free and open society, need not tolerate the spectre of the second.”

⁹ It would therefore be wrong to define the scope of the right to privacy between citizens solely on the basis of the decisions relating to s. 8. Although I agree with the functional definitions of privacy adopted by this Court, particularly in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, and *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, it seems to me that the right to privacy can have a different scope in private law.

¹⁰ The analysis under the Canadian *Charter* can also be distinguished from civil liability analysis in another way. In *Charter* matters, this Court has developed a two-stage approach: the plaintiff must first show that a right or freedom has been infringed before the defendant attempts to demonstrate that the limit on the protected rights and freedoms is reasonable. For example, freedom of expression enjoys very broad protection in Canada. Any peaceful activity that conveys or attempts to convey meaning is protected by freedom of expression. According to this definition, even defamatory remarks are protected by freedom of expression. Therefore, the person who maintains the validity of a limit on such expression has the burden of proving that the limit is reasonable. Where the Canadian *Charter* is concerned, the burden of justification is always on the state.

¹¹ In contrast, the rules of civil liability are different. First, mere infringement of a right or freedom does not in my view necessarily constitute fault. For example, firefighters who interrupt a political meeting to evacuate a burning building do not commit a fault. In my view, the following statement by Gonthier J. in *Béliveau St-Jacques*, *supra*, must be interpreted in light of the foregoing: “It is . . . clear that the violation of a right protected by the *Charter* is equivalent to a civil fault” (para. 120). Only unjustifiable infringements of

toscopique». Or, de l’avis du juge La Forest à la p. 51, on peut consentir à l’un de ces risques sans consentir à l’autre: «Il nous faut être prêts à accepter le premier risque, mais, dans une société libre et ouverte, nous n’avons pas à tolérer le spectre du deuxième risque.»

On aurait donc tort de fixer la portée du droit à la vie privée entre citoyens sur la seule base de la jurisprudence entourant l’art. 8. Bien que je souscrive aux définitions fonctionnelles de vie privée adoptées par notre Cour, notamment dans les arrêts *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, et *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, il me semble que le droit à la vie privée peut avoir une étendue différente en droit privé.

L’analyse sous la *Charte* canadienne se distingue aussi d’une analyse de responsabilité civile d’une autre manière. Ainsi, en matière de charte, cette Cour a développé une approche en deux étapes: la partie demanderesse doit d’abord démontrer qu’un droit ou une liberté a été atteint, avant que la partie défenderesse ne tente de démontrer le caractère raisonnable d’une limite aux droits et libertés garantis. Par exemple, la liberté d’expression bénéficie au Canada d’une protection très large. Toute activité pacifique qui transmet ou tente de transmettre une signification est protégée par la liberté d’expression. Selon cette définition, même des propos diffamatoires sont protégés par la liberté d’expression. La personne qui soutient la validité d’une limite à cette expression supporte donc le fardeau de prouver le caractère raisonnable de cette contrainte. En matière de *Charte* canadienne, le fardeau de justification incombe toujours à l’État.

Par ailleurs, les règles de la responsabilité civile sont différentes. D’une part, à mon avis, la simple atteinte à un droit ou à une liberté ne saurait constituer nécessairement une faute. Par exemple, les pompiers qui interrompent une assemblée politique pour évacuer un édifice menacé par les flammes ne commettent pas une faute. C’est dans cette optique qu’il faut interpréter, je crois, ces propos du juge Gonthier dans l’affaire *Béliveau St-Jacques*, précitée: «il est manifeste que la violation d’un droit protégé par la *Charte* équivaut à une faute civile»

freedom of expression, as this freedom is defined in public law, constitute fault.

Second, I do not think that a civil liability analysis allows the burden of proof to be shifted between the parties in the same manner as is permitted in Charter law. Section 9.1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms* is relevant here. It reads as follows:

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

This Court has held, in cases in which the validity of a statutory provision was challenged, that s. 9.1 is to be interpreted in the same way as s. 1 of the *Canadian Charter*. We have also suggested, however, that this provision can have a somewhat different meaning. Thus, in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 769-70, the Court put forward a different interpretation in these terms:

It was suggested in argument that because of its quite different wording s. 9.1 was not a justificatory provision similar to s. 1 [of the *Canadian Charter*] but merely a provision indicating that the fundamental freedoms and rights guaranteed by the *Quebec Charter* are not absolute but relative and must be construed and exercised in a manner consistent with the values, interests and considerations indicated in s. 9.1 — “democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.” In the case at bar the Superior Court and the Court of Appeal held that s. 9.1 was a justificatory provision corresponding to s. 1 of the *Canadian Charter* and that it was subject, in its application, to a similar test of rational connection and proportionality. This Court agrees with that conclusion. *The first paragraph of s. 9.1 speaks of the manner in which a person must exercise his fundamental freedoms and rights. That is not a limit on the authority of government but rather does suggest the manner in which the scope of the fundamental freedoms and rights is to be interpreted.* [Underlining in original; italics added.]

(par. 120). Ce ne sont que les atteintes injustifiables à la liberté d’expression, tel qu’on définit cette liberté en droit public, qui constituent une faute.

D’autre part, je ne crois pas qu’une analyse de responsabilité civile tolère le déplacement du fardeau de la preuve entre les parties de la même façon que ne l’accepte le droit des chartes. Entre ici en jeu l’art. 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, qui se lit ainsi:

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.

Notre Cour a affirmé dans des affaires où on contestait la validité d’une disposition législative que l’art. 9.1 s’interprète de la même façon que l’article premier de la *Charte canadienne*. Toutefois, elle a aussi avancé que cette disposition peut avoir un sens quelque peu différent. Ainsi dans *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 769 et 770, la Cour a suggéré une interprétation différente en ces termes:

On a soutenu à l’audience qu’en raison de son libellé tout à fait différent, l’art. 9.1 n’est pas une disposition justificative analogue à l’article premier [de la *Charte canadienne*], mais simplement une disposition indiquant que les libertés et droits fondamentaux garantis par la *Charte québécoise* ne sont pas absolus mais relatifs et doivent donc s’interpréter et s’exercer d’une manière compatible avec les valeurs, les intérêts et les considérations mentionnées à l’art. 9.1, soit les «valeurs démocratiques», «l’ordre public» et le «bien-être général des citoyens du Québec». En l’espèce, la Cour supérieure et la Cour d’appel ont conclu que l’art. 9.1 était une disposition justificative correspondant à l’article premier de la *Charte canadienne* et que son application était soumise à un critère semblable de proportionnalité et de lien rationnel. La Cour souscrit à cette conclusion. *Le premier alinéa de l’art. 9.1 parle de la façon dont une personne doit exercer des libertés et des droits fondamentaux. Ce n’est pas une limitation du pouvoir du gouvernement, mais plutôt une indication de la manière d’interpréter l’étendue de ces libertés et droits fondamentaux.* [Souligné dans l’original; italiques ajoutés.]

12

13

The Court continued its analysis in *Ford* by noting that the second paragraph of s. 9.1 does refer to “legislative authority to impose limits on the fundamental freedoms and rights” (p. 770). It held that this second paragraph must be interpreted in the same way as s. 1 of the Canadian *Charter*.

¹⁴ Similarly, in the recent case of *Godbout v. Longueuil (City)*, *supra*, La Forest J. stated, at para. 103:

As is evident from its very terms, s. 9.1 allows for the possibility that the “fundamental freedoms and rights” enshrined in the Quebec *Charter* may be subject to limits fixed by law. While it might be argued — I do not say how successfully — that the residence requirement at issue would not constitute a “law” for the purposes of s. 9.1, and while there appears to be some uncertainty in the academic literature as to whether the first paragraph of s. 9.1 can ever apply to limit rights even where no applicable “law” does so (see, e.g., F. Chevrete, “La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit”, in *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis* (1989), 71), I do not consider it necessary to pronounce specifically upon either of those issues. I take this view for the following reasons. [Emphasis added.]

¹⁵ Furthermore, the statement of the test for s. 1 of the Canadian *Charter* itself refers to “the legislative objective which the limitation is designed to promote”: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768. It is difficult to apply this language to the law of civil liability. Article 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* lays down a standard of conduct in general wording that does not lend itself well to a sufficiently specific analysis of its objective. In light of the foregoing, I believe that we must give the first paragraph of s. 9.1 an interpretative significance and adapt the law of civil liability, as needed, to make it consistent with the rights guaranteed by the Quebec *Charter*.

¹⁶ In this respect, a parallel can be drawn between the present case and the case before the Court in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130. This Court recognized in *Hill* that in

La Cour a poursuivi son analyse dans *Ford* en notant que le second alinéa de l’art. 9.1 traite bien du «pouvoir du législateur d’imposer des limites aux libertés et droits fondamentaux» (p. 770). Quant à ce deuxième alinéa, la Cour a conclu qu’il devait s’interpréter à la manière de l’article premier de la *Charte* canadienne.

De la même façon, dans la récente affaire *Godbout c. Longueuil (Ville)*, précitée, le juge La Forest s’est exprimé ainsi au par. 103:

Comme il appert de son libellé même, cette disposition prévoit la possibilité que des limites soient apportées législativement aux «libertés et droits fondamentaux» garantis par la *Charte* québécoise. Bien qu’on puisse prétendre — je ne m’avance pas sur le succès de l’argument — que l’obligation de résidence en litige ne constituerait pas une «loi» pour l’application de l’art. 9.1 et bien que la doctrine ne semble pas fixée sur la question de savoir si le premier paragraphe de l’art. 9.1 peut avoir pour effet de limiter des droits même en l’absence de «loi» applicable en ce sens (voir F. Chevrete, «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit», dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis* (1989), 71), je ne crois pas, pour les motifs qui suivent, qu’il faille statuer sur l’une ou l’autre de ces questions en l’espèce. [Je souligne.]

On peut aussi noter que la formulation même du test de l’article premier de la *Charte* canadienne fait référence à «l’objectif législatif que la restriction vise à promouvoir»: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 768. Ce langage s’applique difficilement en matière de droit de la responsabilité civile. L’article 1053 du *Code civil du Bas Canada* édicte une norme de conduite qui se prête mal dans sa formulation générale à une analyse suffisamment précise de son objectif. Confrontés à une telle réalité, nous devons, je crois, donner une portée interprétative au premier alinéa de l’art. 9.1, et adapter le droit de la responsabilité civile au besoin pour le rendre conforme aux droits garantis par la *Charte* québécoise.

À cet égard, on peut faire un parallèle entre le cas en l’espèce et celui que la Cour devait examiner dans l’affaire *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130. Cette Cour y a

libel cases, “the twin values of reputation and freedom of expression will clash” (para. 100). This type of balancing must also be done here. While this Court concluded in that case that the Canadian *Charter* did not apply to the actions of the plaintiff Casey Hill, it repeated that the common law is subject to the Canadian *Charter*. Cory J. quoted the comments of Iacobucci J. to that effect in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 675:

Where the principles underlying a common law rule are out of step with the values enshrined in the *Charter*, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the common law rule so as to make it consistent with *Charter* values, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action that I have referred to above, then the rule ought to be changed.

In my view, this is a judicial process similar to that prescribed by s. 9.1.

In short, the real issue is whether the appellants committed a fault. This approach recognizes the flexible and contextual nature of the concept of fault, and its capacity to reconcile the rights relied upon in this case (see L. Perret, “De l’impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec” (1981), 12 *R.G.D.* 121, at p. 124). A reasonable person respects the rights and freedoms of everyone and carries out his or her obligations while bearing his or her own rights in mind.

This approach is also consistent with the wording of s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The parliamentary proceedings that resulted in the adoption of s. 9.1 show that the legislature’s intention was for the first paragraph of s. 9.1 to place limits on private relations rather than on the law itself: see F. Chevrette, “La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit” (1987), 21 *R.J.T.* 461, at pp. 463-68. The statement made by the Quebec Minister of

reconnu que dans les affaires de libelle, «les valeurs jumelles de réputation et de liberté d’expression entreront en conflit» (par. 100). C’est le type de pondération qu’il faut effectuer ici. D’autre part, bien que cette Cour ait conclu dans cette affaire que la *Charte* canadienne ne trouvait pas application quant aux actions du demandeur Casey Hill, elle a répété que la *Charte* canadienne régit la common law. À cet effet, le juge Cory a cité les propos du juge Iacobucci dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 675:

Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S’il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, sans perturber le juste équilibre entre l’action judiciaire et l’action législative dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée.

Je crois que c’est là un processus judiciaire analogue à celui que prescrit l’art. 9.1.

En somme, la véritable question en litige consiste à s’interroger sur la faute des appelants, s’il y en a une. Cette approche reconnaît le caractère souple et contextuel de la notion de faute, et son habileté à réconcilier les droits subjectifs invoqués en l’espèce (voir L. Perret, «De l’impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec» (1981), 12 *R.G.D.* 121, à la p. 124). La personne raisonnable respecte les droits et libertés de tous, et assume ses obligations en étant au fait de ses propres droits.

Cette approche est également conforme à la lettre de l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Les travaux parlementaires menant à l’adoption de l’art. 9.1 précisent l’intention du législateur de conférer au premier alinéa de l’art. 9.1 un caractère limitatif régissant les rapports privés plutôt que trouvant application à l’égard de la loi même: voir F. Chevrette, «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit» (1987), 21 *R.J.T.* 461, aux pp. 463 à 468. On peut aussi rappeler, avec la prudence qu’il convient, les propos du ministre de la Justice du

17

18

Justice when the provision was adopted in 1982 can also be noted, with appropriate caution:

[TRANSLATION] The purpose of s. 9.1 is to temper the absolute nature of the freedoms and rights set out in ss. 1 to 9 both from the perspective of the limits imposed on the holders of those rights and freedoms in respect of other citizens, which is the case for the first paragraph, and from that of the limits the legislature may place on the community as a whole, a principle formed in the second paragraph.

(*Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3rd sess., 32nd Leg., December 16, 1982, at p. B-11609.)

19 This case cannot be resolved merely by relying upon the respondent's right to her image or the appellants' freedom of expression; the rights concerned must also be balanced. Since freedom of expression is fairly well known, I shall now discuss the right to one's image.

II. Right to One's Image

20 The Quebec courts have applied the principles of civil liability to allow compensation for the prejudice resulting from the use of a person's image without his or her consent. According to the authors, these judicial interventions have created a right to one's image at issue in the present case. The reasons of the Court of Appeal include a detailed account of the evolution of Quebec and French jurisprudence and doctrine, and that account is entirely satisfactory. However, I wish to add the following comments.

21 I would hesitate to conclude that the right to one's image has no existence independent of the right to privacy. It is common knowledge that this Court has defined the right to privacy very broadly (albeit in the public law context). In *Dyment*, *supra*, La Forest J. noted that according to certain authors privacy "is at the heart of liberty in a modern state" (p. 427), and that it is based "on the notion of the dignity and integrity of the individual" (p. 429). La Forest J. reiterated this functional approach in *Godbout v. Longueuil (City)*, *supra*, in which he stated at para. 97 that the right to privacy protects, *inter alia*, the "narrow sphere of personal

Québec au moment de l'adoption de la disposition en 1982:

L'article 9.1 a pour objet d'apporter un tempérament au caractère absolu des libertés et droits édictés aux articles 1 à 9 tant sous l'angle des limites imposées au titulaire de ces droits et libertés à l'égard des autres citoyens, ce qui est le cas pour le premier alinéa, que sous celui des limites que peut y apporter le législateur à l'égard de l'ensemble de la collectivité, principe qu'on retrouve au deuxième alinéa.

(*Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., le 16 décembre 1982, à la p. B-11609.)

Il ne suffit pas d'invoquer le droit à l'image de l'intimée ou la liberté d'expression des appelants pour régler ce litige; encore faut-il pondérer les droits en présence. Puisque la liberté d'expression est assez bien connue, je me penche maintenant sur le droit à l'image.

II. Le droit à l'image

Les tribunaux québécois ont mis en œuvre les principes de la responsabilité civile pour permettre l'indemnisation du préjudice subi suite à l'utilisation sans consentement de l'image d'une personne. Pour la doctrine, est issu de ces interventions judiciaires un droit subjectif à l'image mis en cause en l'espèce. Les motifs de la Cour d'appel résumant avec détails les développements des jurisprudences et doctrines québécoises et françaises, et je me satisfais entièrement de cet exposé. J'y ajouterais toutefois les commentaires suivants.

J'hésiterais à conclure que le droit à l'image n'a aucune existence autonome du droit à la vie privée. Il est notoire que notre Cour a défini en des termes très larges le droit à la vie privée (bien que dans le contexte du droit public). Dans l'affaire *Dyment*, précitée, le juge La Forest note à la suite de certains auteurs que la notion de vie privée «est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne» (p. 427) et qu'elle se fonde «sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne» (p. 429). Cette approche fonctionnelle est reprise par le juge La Forest dans l'affaire *Godbout c. Longueuil (Ville)*, précitée, où il affirme au par. 97 que le

autonomy within which inherently private choices are made”, a view shared by all the members of this Court. I believe that the right to privacy can be analysed in similar terms in private law. Furthermore, this right certainly includes a person’s right to his or her image. Nevertheless, I do not rule out the possibility that a person’s commercial interest in his or her image does not derive uniquely from his or her right to privacy. As a result, it may be advisable to preserve the integrity of the concept of privacy.

I also agree with my colleagues that the right to one’s image is primarily a personality right, an interest of an extrapatrimonial nature. I do not consider it necessary to go further and determine whether there is also a right to one’s image of a patrimonial nature, as Rothman J. suggested in *Deschamps v. Renault Canada* (1977), 18 C. de D. 937 (Que. Sup. Ct.). I would note simply that it is not contrary to public order for individuals, whether famous or not, to profit from consenting to the use of their image.

In the case at bar, I am of the view that the dissemination of the respondent’s image constituted a violation of her privacy and of her right to her image. In the abstract, to appropriate another person’s image without his or her consent to include it in a publication constitutes a fault. I am of the view that a reasonable person would have been more diligent and would at least have tried to obtain the respondent’s consent to the publication of her photograph. The appellants did not do everything necessary to avoid infringing the respondent’s rights. In this regard, a parallel can be drawn with the obligation of diligence the news media must meet in gathering information in order to avoid liability for defamation should their comments prove to be inaccurate: *Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.), at pp. 1818-21.

I do not doubt that freedom of expression provides the appellants with powerful arguments to the effect that they acted reasonably. However, as

droit à la vie privée protège, entre autres choses, «la sphère limitée d’autonomie personnelle où se forment des choix intrinsèquement privés», une opinion partagée par tous les membres de cette Cour. Je crois que le droit à la vie privée s’analyse en termes similaires en droit privé. De plus, ce droit comprend certainement le droit d’une personne sur son image. Néanmoins, je n’exclus pas que l’intérêt commercial d’une personne dans son image ne dérive pas uniquement de son droit à la vie privée. À cet effet, il convient peut-être de préserver une certaine intégrité au concept de vie privée.

De la même façon, je partage l’opinion de mes collègues que le droit à l’image est avant tout un droit de la personnalité, un intérêt de nature extrapatrimoniale. Je ne crois pas nécessaire d’aller plus à fond et de déterminer s’il existe aussi un droit à l’image de nature patrimoniale, comme l’a suggéré le juge Rothman dans l’affaire *Deschamps c. Renault Canada* (1977), 18 C. de D. 937 (C.S. Qué.). Je noterais simplement qu’il n’est pas contraire à l’ordre public pour une personne, célèbre ou moins célèbre, de tirer des revenus de son consentement à l’utilisation de son image.

En l’espèce, je suis d’avis que la diffusion de l’image de l’intimée constitue une atteinte à sa vie privée et à son droit à l’image. *In abstracto*, s’approprier l’image d’autrui sans son consentement pour l’inclure dans une publication constitue une faute. Je suis d’avis que la personne raisonnable aurait agi de façon plus diligente et aurait au moins tenté d’obtenir le consentement de l’intimée à la publication de sa photographie. Les appelants n’ont pas pris toutes les mesures nécessaires pour éviter d’enfreindre les droits de l’intimée. À cet égard, on peut tracer un parallèle avec l’obligation de diligence dont doit faire preuve un média d’information dans la collecte de renseignements afin d’éviter d’engager sa responsabilité pour diffamation si ses propos s’avéraient inexacts: *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.), aux pp. 1818 à 1821.

Je ne doute pas que la liberté d’expression offre aux appelants de puissants arguments selon lesquels ils ont agi de façon raisonnable. Toutefois,

22

23

24

s. 9.1 of the Quebec *Charter* provides, rights and freedoms must be exercised in relation to each other, with proper regard for public order, democratic values and general well-being (see also *Syndicat des communications graphiques local 41-M v. Journal de Montréal*, [1994] R.D.J. 456 (C.A.), at p. 458; *Towner v. Constructions H. Rodrigue inc.*, [1991] R.J.Q. 381 (Sup. Ct.), at pp. 382-83). Thus, the rights of the appellants and the respondent must be harmonized in the facts of the case. The concept of the public interest is intended to play this role in matters involving the right to one's image as in the case of the right to one's honour and reputation. This rule should now be examined.

III. Public Interest

25 The respondent's right to privacy must be interpreted in a manner consistent with the appellants' freedom of expression and the public's right to information, which is guaranteed by s. 44 of the Quebec *Charter*. As the Court of Appeal recently stated in *The Gazette (Division Southam inc.) v. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.), at p. 36:

[TRANSLATION] The right to privacy, on the other hand, is not absolute. It is subject to a series of limits, and its application requires a balancing with other fundamental rights, including the public's right to information. A violation of the right to privacy thus cannot be characterized as illicit or wrongful if there is a reasonable justification or a legitimate purpose, or if it can be concluded that the person consented to the invasion of his or her privacy.

26 It is inevitable that the concept of public interest is imprecise. In her work on defamation, Nicole Vallières writes of the public interest in this context: [TRANSLATION] "[t]his abstract concept is difficult to delimit, and as far as we know, no definition of the public interest has been applied to the press by the Quebec courts": *La presse et la diffamation* (1985), at p. 90. In my view, the content of the concept of public interest depends on the nature of the information conveyed by the image and on the situation of the parties involved. On the other hand, it must be balanced against the reasonable expectation of privacy of the person whose

comme le prescrit l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, les droits et libertés doivent s'exercer les uns par rapport aux autres, dans le respect de l'ordre public, des valeurs démocratiques et du bien-être général (voir aussi *Syndicat des communications graphiques local 41-M c. Journal de Montréal*, [1994] R.D.J. 456 (C.A.), à la p. 458; *Towner c. Constructions H. Rodrigue inc.*, [1991] R.J.Q. 381 (C.S.), aux pp. 382 et 383). Ainsi, les droits des appelants et de l'intimée doivent s'harmoniser dans les faits de l'espèce. C'est le rôle que tente de jouer la notion d'intérêt public, en matière de droit à l'image comme en matière de droit à l'honneur et à la réputation. C'est cette règle qu'il convient de scruter maintenant.

III. L'intérêt public

Le droit à la vie privée de l'intimée doit s'interpréter d'une façon cohérente avec la liberté d'expression des appelants et le droit à l'information du public, garanti par l'art. 44 de la *Charte* québécoise. Comme l'a récemment exprimé la Cour d'appel dans l'affaire *The Gazette (Division Southam inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.), à la p. 36:

Le droit à la vie privée, par contre, n'est pas absolu. Il est balisé par une série de limites et sa mise en œuvre appelle un équilibre avec d'autres droits fondamentaux, dont le droit du public à l'information. On ne pourrait donc qualifier d'illicite ou fautive la violation du droit à la vie privée s'il existe une justification raisonnable, une fin légitime ou encore si l'on peut conclure au consentement par la personne à l'intrusion dans sa vie privée.

Il est inévitable que la notion d'intérêt public demeure floue. Dans son ouvrage sur la diffamation, Nicole Vallières écrit sur l'intérêt public dans ce contexte: «[c]ette notion abstraite est difficile à cerner et il n'existe pas, à notre connaissance, de définition de l'intérêt public appliquée à la presse dans la jurisprudence québécoise»: *La presse et la diffamation* (1985), à la p. 90. À mon avis, le contenu de la notion d'intérêt public dépend de la nature de l'information véhiculée par l'image et de la situation des parties en présence. En revanche, elle est pondérée par les attentes raisonnables de vie privée que peut avoir la personne dont l'image

image is reproduced and, generally, against the severity of the infringement of the parties' rights.

With respect, I believe that LeBel J.A. of the Court of Appeal erred in limiting the notion of public interest to the right to receive [TRANSLATION] "socially useful" information ([1996] R.J.Q. 2137, at p. 2149). This concept appears to me to be too narrow. Be that as it may, it is my view that in the case at bar the public interest does not justify the appellants' fault. The appellant Duclos could easily have obtained the respondent's consent, but did not do so. It is possible for the public interest to justify the dissemination of the image of a person who is in a crowd or is at the scene of an important event in a purely incidental manner. However, I will express no opinion on this subject, and I do not think it appropriate to specify, in the context of the present case, the circumstances in which the public interest prevails over a person's right to his or her image. It is sufficient to state that the appellants committed a fault. Since causality is not at issue here, it is now necessary to consider damage and the proof thereof.

IV. Damage

The Quebec law of civil liability requires proof of prejudice resulting from the fault. This is an essential element of civil liability. On this question of damage, I agree with Baudouin J.A. that the plaintiff respondent has not proven that she suffered prejudice.

The complete evidence of damage reads as follows:

[TRANSLATION]

Q. Did that photo cause you any difficulties?

A. Some difficulties; people laughed at me.

Q. People, who are these people?

A. My friends, the people at school.

Q. The people at school?

A. Uh-huh.

Q. I have no further questions, Your Honour.

est reproduite, et généralement par l'importance de l'atteinte aux droits des parties en litige.

Avec respect, je crois que le juge LeBel de la Cour d'appel a fait erreur en limitant la notion d'intérêt public au droit de prendre connaissance d'information «socialement utile» ([1996] R.J.Q. 2137, à la p. 2149). Cette notion m'apparaît trop étroite. Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que l'intérêt public ne justifie pas en l'espèce la faute des appelants. L'appelant Duclos aurait aisément pu obtenir le consentement de l'intimée, mais il ne l'a pas fait. Il est possible que l'intérêt public justifie la diffusion de l'image d'une personne qui se trouve dans une foule ou de façon purement accessoire sur la scène d'un événement d'importance. Toutefois, je n'émetts aucune opinion à ce sujet et ne pense pas qu'il convienne de préciser dans le cadre de ce litige les conditions auxquelles l'intérêt public l'emporte sur le droit d'une personne sur son image. Qu'il suffise d'affirmer que les appelants ont commis une faute. Et puisque la causalité ne pose pas ici de problème, il faut maintenant considérer le dommage et sa preuve.

IV. Le dommage

Le droit québécois de la responsabilité civile exige la preuve d'un préjudice résultant de la faute. Il s'agit d'un élément essentiel de la responsabilité civile. Sur cette question des dommages, je m'accorde avec le juge Baudouin pour affirmer que la demanderesse intimée n'a pas prouvé le préjudice qu'elle a subi.

L'ensemble de la preuve quant au dommage se lit ainsi:

Q. Est-ce que ça vous a emmené des tracas, cette photo-là?

R. Des tracas; le monde ont ri de moi, là.

Q. Le monde, c'est qui ça le monde?

R. Mes amis, le monde de l'école.

Q. Le monde de l'école?

R. Um-hum.

Q. Je n'ai pas d'autres questions, Votre Seigneurie.

27

28

29

30 The trial judge concluded from the evidence that the respondent had been a victim of [TRANSLATION] “teasing by friends her own age” and that this entitled her to compensation [TRANSLATION] “of at least \$2,000 for the humiliation suffered as a result of the invasion of her privacy and injury to her reputation” ([1991] R.R.A. 421, at p. 423). For his part, LeBel J.A. of the Court of Appeal noted that the respondent’s evidence of prejudice was limited, but hastened to add that the trial judge believed this evidence, which accordingly made it sufficient evidence of damage. Thus, [TRANSLATION] “[i]n order to find that there was no moral injury, it would be necessary to go back over this assessment of credibility, an area essentially reserved to the sovereign assessment of the trier of fact, absent any manifest, serious and decisive error” (p. 2150).

31 I believe that if the respondent had stated, “I felt humiliated when I saw the photograph published in *Vice-Versa* magazine”, there would have been sufficient evidence of damage in this case, provided that Judge Bourret believed her. As Perrault J. of the Superior Court suggested in *Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389, at p. 391, [TRANSLATION] “[s]ome people may find it unpleasant to see their photographs appear on advertising posters; it is up to each individual to judge and decide this by giving or refusing the necessary consent.”

32 However, in my view the statement “people laughed at me” does not in itself constitute sufficient evidence of damage, since it does not provide any information about how the respondent Aubry felt. The fact that the trial judge accepted this evidence, without giving any reasons or explanation, suggests to me that he erred in presuming damage solely because the respondent’s classmates laughed at her. On re-reading the Court of Québec’s judgment, I cannot convince myself that Judge Bourret considered this essential element of civil liability.

33 The respondent nonetheless suggests that her prejudice consists of the fact that she has become

Le juge du procès a conclu de la preuve que l’intimée a été victime des «railleries de copains de son âge», et que ce fait lui donne droit à une indemnité «d’au moins 2 000 \$ pour compenser l’humiliation subie pour l’atteinte à sa vie privée et à sa réputation» ([1991] R.R.A. 421, à la p. 423). Pour sa part, le juge LeBel de la Cour d’appel a noté le caractère sommaire de la preuve de préjudice faite par l’intimée, mais s’est empressé d’ajouter que cette preuve a été crue par le juge du procès, ce qui en fait donc une preuve suffisante de dommage. Or, «[p]our conclure à l’inexistence du préjudice moral, il faudrait revenir sur cette appréciation de la crédibilité, domaine essentiellement réservé à l’appréciation souveraine du juge du fait, en l’absence d’erreur manifeste, grave et déterminante» (p. 2150).

Je crois que si l’intimée avait affirmé: «je me suis sentie humiliée quand j’ai vu la photo publiée dans la revue *Vice-Versa*», il y aurait en l’espèce preuve suffisante de dommage dans la mesure où le juge Bourret aurait cru l’intimée. Comme le laisse sous-entendre le juge Perrault de la Cour supérieure dans l’affaire *Rebeiro c. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389, à la p. 391, «[i]l peut ne pas être plaisant à certaines personnes de voir paraître leur photo dans des placards publicitaires; c’est à chacun d’en juger et d’en décider en donnant ou en refusant l’autorisation nécessaire.»

Toutefois, à mon avis, l’affirmation «le monde ont ri de moi» ne constitue pas en soi une preuve adéquate de dommage puisque cette affirmation ne fournit aucune information sur les sentiments de l’intimée Aubry. L’acceptation de cette preuve par le juge du procès, sans aucun motif ou explication de sa part, me laisse croire qu’il a commis une erreur en présumant un dommage du seul fait que des collègues de classe aient ri de l’intimée. À la relecture du jugement de la Cour du Québec, je ne peux me convaincre que le juge Bourret s’est attardé à cet élément *sine qua non* de la responsabilité civile.

L’intimée suggère pourtant que son préjudice consiste dans le fait d’être devenue une figure con-

well-known, thereby losing her anonymity. With respect, there is no evidence on the record tending to show that the respondent is now a “well-known figure”. No witnesses were called to testify that the respondent’s face or person is now known to them as a result of the events that gave rise to the litigation. The respondent also maintains that the civil proceedings in the present case and the media coverage they received have increased her notoriety, thereby entitling her to compensation. Once again, no evidence was adduced as to the respondent’s notoriety.

Justices L’Heureux-Dubé and Bastarache state that the evidence on the record “could serve as a basis for the damages awarded. This evidence did exist and illustrated in the trial judge’s view the discomfort and upset felt by the respondent as a result of the publication of her photograph” (para. 71). However, the trial judge did not in fact find that the plaintiff had felt discomfort. Judge Bourret did mention [TRANSLATION] “the humiliation suffered as a result of the invasion of her privacy and injury to her reputation” (p. 423 (emphasis added)), but this merely confirms that the trial judge committed a significant error in identifying the interest harmed by the events in question.

According to one French author, damage in the case of an infringement of the right to one’s image [TRANSLATION] “may consist simply in the annoyance felt by a person at becoming a ‘celebrity’” (L. Potvin, *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise* (1991), at p. 272, quoting Dean Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux* (1939), thesis from the Université de Lyon, at p. 384). With respect, this statement cannot mean that the infringement of a personality right on its own results in civil liability in Quebec in the absence of evidence of prejudice, contrary to what seems to be possible in France: P. Kayser, *La protection de la vie privée* (2nd ed. 1990), at pp. 222-66.

For these reasons, I do not rule out the possibility that the dissemination of a person’s image without consent might result in damage for which

nue, abandonnant ainsi son anonymat. Avec égards, il n’y aucune preuve au dossier tendant à démontrer que l’intimée est dorénavant une «figure connue». Aucune personne n’est venue témoigner que le visage ou la personne de l’intimée lui était maintenant connu suite aux faits donnant lieu au litige. L’intimée prétend aussi que les procédures civiles en l’instance et leur médiatisation ont accru sa notoriété, ce pourquoi elle devrait être compensée. Encore une fois, aucune preuve n’a été faite quant à la notoriété de l’intimée.

Les juges L’Heureux-Dubé et Bastarache affirment que la preuve au dossier «pouvait constituer un fondement aux dommages accordés. Cette preuve existait et illustre, selon le juge du procès, l’inconfort et les tracas que l’intimée a ressentis suite à la publication de sa photographie» (par. 71). Or, le juge du procès n’a même pas conclu que la demanderesse a subi un inconfort. Le juge Bourret a bel et bien mentionné «l’humiliation subie pour l’atteinte à sa vie privée et à sa réputation» (p. 423 (je souligne)), mais cette affirmation ne fait que confirmer que le juge du procès a commis une erreur importante dans l’identification de l’intérêt lésé par les événements en litige.

Un auteur français affirme que le dommage, en cas d’atteinte au droit à l’image, «peut consister simplement dans le déplaisir qu’éprouve la personne à devenir une “figure connue”» (L. Potvin, *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise* (1991), à la p. 272, citant le doyen Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux* (1939), thèse de l’Université de Lyon, à la p. 384). Avec égard, cette affirmation ne saurait signifier que la seule infraction à un droit de la personnalité entraîne au Québec la responsabilité civile en l’absence de preuve de préjudice, contrairement à ce qui semble possible en France: P. Kayser, *La protection de la vie privée* (2^e éd. 1990), aux pp. 222 à 266.

Par ces motifs, je n’exclus d’aucune façon la possibilité que la diffusion sans autorisation de l’image d’une personne donne lieu à un dommage

34

35

36

he or she can be compensated. As Baudouin J.A. noted, at p. 2152,

[TRANSLATION] there is prejudice where the image is exploited commercially without authorization (*Deschamps v. Renault Canada*, (1977) 18 C. de D. 937 (Sup. Ct.)), or for purposes other than those for which consent was originally given (*Rebeiro v. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389; *Cohen v. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (Sup. Ct.); *P.T. v. B.R.*, Sup. Ct. Montréal 500-05-015382-912, March 3, 1993, commentary by Adrian Popovici, "Chroniques sectorielles. L'altération de la personnalité aux yeux du public", (1994) 28 R.J.T. 289-302).

However, the evidence satisfies me that the instant case quite simply does not come within this category of affairs.

V. Disposition

37 I am of the view that the evidence is insufficient to conclude that the wrongful dissemination of the photograph of the respondent Aubry caused her moral prejudice. For this reason, I would allow the appeal, set aside the judgments below and dismiss the action, with costs.

English version of the judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. delivered by

38 L'HEUREUX-DUBÉ AND BASTARACHE JJ. — This appeal concerns the scope of the right to one's image as an element of the more general right to privacy. It also involves a balancing of the right to privacy and freedom of expression.

39 It should be noted at the outset that since the events on which this case is based occurred in 1988, the matter is governed by the *Civil Code of Lower Canada*.

I. Facts

40 The respondent, Pascale Claude Aubry, brought an action in civil responsibility against the appellants, Gilbert Duclos and Les Éditions Vice-Versa inc., for taking and publishing a photograph showing the respondent sitting on a step in front of a

pour lequel elle puisse être compensée. Comme le note le juge Baudouin, à la p. 2152,

le préjudice existe lorsque l'image est exploitée commercialement sans autorisation (*Deschamps c. Renault Canada*, (1977) 18 C. de D. 937 (C.S.)) ou à des fins autres que celles qui motivaient le consentement d'origine (*Rebeiro c. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.*, [1973] C.S. 389; *Cohen c. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (C.S.); *P.T. c. B.R.*, C.S. Montréal 500-05-015382-912, le 3 mars 1993, commentaires: Adrian Popovici, «Chroniques sectorielles. L'altération de la personnalité aux yeux du public», (1994) 28 R.J.T. 289-302).

Toutefois, la preuve me convainc que le cas en l'espèce ne fait tout simplement pas partie de cette catégorie d'affaires.

V. Dispositif

Je suis d'avis que la preuve est insuffisante pour conclure que la diffusion fautive de la photographie de l'intimée Aubry lui a causé un préjudice moral. Pour ce motif, j'accueillerais l'appel, infirmerais les jugements des instances inférieures, et rejetterais l'action, le tout avec dépens.

Le jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci et Bastarache a été rendu par

LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ ET BASTARACHE — Le pourvoi porte sur l'étendue du droit à l'image comme composante du droit plus général à la vie privée. En outre, il soulève la question de la pondération du droit à la vie privée et de la liberté d'expression.

Notons au départ que les faits ayant donné lieu à cette affaire s'étant produits en 1988, le litige est régi par le *Code civil du Bas Canada*.

I. Les faits

L'intimée, M^{me} Pascale Claude Aubry, a intenté une action en responsabilité civile contre les appelants, Gilbert Duclos et Les Éditions Vice-Versa inc., pour avoir pris et publié une photographie représentant l'intimée assise sur un marchepied,

building on Ste-Catherine Street in Montreal. Both sides accept that the photograph was taken in a public place and published without the respondent's consent. According to the evidence, it was the appellant Gilbert Duclos who took the respondent's photograph. The photograph was published by the appellant Les Éditions Vice-Versa inc. in the June issue of *Vice-Versa*, a magazine dedicated to the arts, and 722 copies of the issue in question were sold. The photograph was drawn to the respondent's attention by a friend who had purchased a copy of the magazine. The respondent, who was 17 at the time, brought this action for damages in the amount of \$10,000, half as compensatory damages and the other half as exemplary damages.

II. Judicial History

A. *Court of Québec*, [1991] R.R.A. 421

At trial, Judge Bourret of the Court of Québec allowed the respondent's action in part. Recognizing that the unauthorized publication of the photograph constituted a fault to which both the magazine's publisher and the photographer who handed over the photograph to the magazine had contributed, he ordered them to pay \$2,000 jointly and severally. However, the judgment is somewhat ambiguous regarding the nature of the damage this amount was intended to compensate. Judge Bourret wrote in this connection (at p. 423):

[TRANSLATION] In the court's view, to learn through teasing by friends her own age that her picture had been published in a prestigious, large-circulation magazine without her even knowing that her picture had been taken by a third party and without her having ever authorized its publication, merits compensation of at least \$2,000 for the humiliation suffered as a result of the invasion of her privacy and injury to her reputation.

This passage suggests that the \$2,000 would cover both the damages resulting from the injury to her reputation and the loss of privacy resulting from the publication of the photograph.

However, since the photograph was not defamatory in nature either in itself or by association with the accompanying text in the magazine, Judge

devant un immeuble de la rue Ste-Catherine, à Montréal. Il est admis de part et d'autre que la photographie a été prise dans un lieu public et publiée sans le consentement de l'intimée. Selon la preuve, c'est l'appelant Gilbert Duclos qui a photographié l'intimée. La photographie a été publiée par l'appelante Les Éditions Vice-Versa inc. dans le numéro de juin de la revue *Vice-Versa*, une revue à vocation artistique dont le numéro en cause s'est vendu à 722 exemplaires. La photographie a été portée à l'attention de l'intimée par un ami qui a acheté un exemplaire de la revue. L'intimée, qui avait alors 17 ans, a intenté la présente action en dommages-intérêts pour la somme de 10 000 \$, dont la moitié à titre de dommages compensatoires et l'autre à titre de dommages exemplaires.

II. Les décisions antérieures

A. *La Cour du Québec*, [1991] R.R.A. 421

En première instance, le juge Bourret de la Cour du Québec a fait droit, en partie, à l'action de l'intimée. Reconnaisant que la publication non autorisée de la photographie constituait une faute à laquelle ont contribué l'éditeur de la revue ainsi que le photographe qui lui a confié la photographie, il les a condamnés solidairement à payer la somme de 2 000 \$. Le jugement souffre cependant d'une certaine ambiguïté quant à la nature des dommages que cette somme vise à compenser. Le juge Bourret écrit à cet égard (à la p. 423):

Apprendre par des railleries de copains de son âge que son image est publiée dans un magazine de prestige à grande diffusion, sans même qu'elle ait jamais su que sa photographie avait été prise par un tiers et sans qu'elle en ait jamais autorisé la publication, vaut, à l'appréciation du Tribunal, une indemnité d'au moins 2 000 \$ pour compenser l'humiliation subie pour l'atteinte à sa vie privée et à sa réputation.

Ce passage suggère que la somme de 2 000 \$ couvrirait à la fois le dommage résultant de l'atteinte à la réputation et la perte de vie privée entraînée par la publication de la photographie.

Par ailleurs, la photographie n'ayant aucun caractère diffamatoire, ni en elle-même ni par association au texte qui l'accompagnait dans la

41

42

43

Bourret denied any compensation on this ground. He also refused to award exemplary damages, as there was no evidence of malice on the part of the defendants.

B. *Court of Appeal*, [1996] R.J.Q. 2137

44 The majority of the Court of Appeal affirmed Judge Bourret's decision. LeBel J.A. and Biron J. (*ad hoc*) both found that the fault lay not in the taking of the photograph but in its publication. According to LeBel J.A., writing for the majority, since the respondent was in a public place when the photograph was taken, that act alone could not be considered an invasion of her privacy. However, the unauthorized publication of the photograph constituted an infringement of her anonymity, which is an essential element of the right to privacy.

45 LeBel J.A. recognized that the unauthorized publication of a photograph could be justified on the basis of the public's legitimate interest in information. In his view, however, Quebec law recognizes no such exception for artistic activity. Even in the absence of bad faith, the dissemination of the photograph was, therefore, wrongful.

46 While the judges of the majority recognized that there was only limited evidence of moral prejudice, they refused to alter Judge Bourret's decision. Relying on the judgments of this Court in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426, and *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 810, they noted that an appellate court must show deference to findings of fact drawn from the evidence by the trial judge.

47 Baudouin J.A.'s dissent focussed essentially on the question of damages. In his view, damages cannot be found to have been sustained solely because the photograph was wrongfully disseminated. Nor can the absence of evidence of damages be concealed under the head "nominal damages". This was particularly important, in his view, where the right to privacy is claimed as against freedom

revue, le juge Bourret a refusé toute indemnité à ce titre. Il a également, en l'absence de preuve d'intention malicieuse chez les défendeurs, refusé d'accorder des dommages exemplaires.

B. *La Cour d'appel*, [1996] R.J.Q. 2137

La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé la décision du juge Bourret. Les juges LeBel et Biron (*ad hoc*) ont tous deux conclu que la faute résidait non pas dans la prise de la photographie, mais dans sa publication. Selon le juge LeBel, qui écrit pour la majorité, l'intimée se trouvant dans un lieu public lors de la prise de la photographie, on ne saurait voir dans ce seul geste une violation de son intimité. La publication non autorisée de la photographie constituait, toutefois, une atteinte à l'anonymat, composante essentielle du droit à la vie privée.

Le juge LeBel a reconnu que la publication non autorisée d'une photographie pouvait être justifiée au nom de l'intérêt légitime du public à l'information. Selon lui, cependant, le droit québécois ne reconnaît pas pareille exception au profit de l'activité artistique. Même en l'absence de mauvaise foi, la diffusion de la photographie était donc fautive.

Les juges majoritaires ont reconnu que la preuve du préjudice moral était peu étoffée. Ils ont néanmoins refusé de modifier la décision du juge Bourret. S'appuyant sur la jurisprudence de notre Cour dans les affaires *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 426, et *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 810, ils ont rappelé le devoir d'une cour d'appel de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait tirées de la preuve par le juge du procès.

C'est essentiellement sur la question des dommages que porte la dissidence du juge Baudouin. À son avis, on ne saurait imputer un dommage du seul fait de la diffusion fautive de la photographie. On ne saurait, non plus, dissimuler sous le vocable «dommages nominaux» l'absence de preuve des dommages. Cela est d'autant plus important, à son avis, lorsque le droit à la vie privée est revendiqué

of information or artistic freedom. In this case, Baudouin J.A. refused to consider the respondent's sole statement that [TRANSLATION] "people laughed at me" as sufficient evidence. In his view, therefore, the issue was not one of credibility warranting an appellate court's deference but rather one of lack of evidence.

III. Relevant Statutory Provisions

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

4. Every person has a right to the safeguard of his dignity, honour and reputation.

5. Every person has a right to respect for his private life.

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to exemplary damages.

IV. Analysis

The case at bar raises a problem of civil law and it is in light of that law that it must be resolved. The infringement of a right guaranteed by the *Charter of Human Rights and Freedoms* (hereinafter the "Quebec Charter") gives rise, under s. 49 para. 1, to an action for moral and material prejudice. Such an action is subject to the civil law principles of recovery. As a result, the traditional elements of liability, namely fault, damage and causal connection, must be established. See

à l'encontre de la liberté d'information ou de la liberté artistique. En l'occurrence, le juge Baudouin a refusé de considérer comme une preuve suffisante la seule affirmation suivante de l'intimé: «le monde ont ri de moi» (*sic*). Il ne s'agissait donc pas, selon lui, d'une question de crédibilité justifiant la retenue d'une cour d'appel, mais plutôt d'un cas d'absence de preuve.

III. Dispositions législatives pertinentes

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

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.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

IV. Analyse

Ce litige soulève un problème de droit civil et c'est à la lumière de ce droit qu'il doit être résolu. La violation d'un droit consacré par la *Charte des droits et libertés de la personne* (ci-après la «Charte québécoise») crée, à l'art. 49 al. 1, un recours pour préjudices moral et matériel. Ce recours est sujet aux principes de recouvrement du droit civil. Par conséquent, les éléments traditionnels de responsabilité, soit la faute, le dommage et le lien de causalité, doivent être établis. Voir

Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc., [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 122, and *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268, at para. 58.

50 It should be mentioned at the outset that our analysis will be limited to the sole issue before this Court, namely publication of a photograph taken without permission.

51 There is a debate in French law, and a corresponding uncertainty in Quebec law, as to whether the right to one's image is a separate right of personality or an element of the right to privacy. See in this regard L. Potvin, *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise* (1991), at p. 33, and É. Deleury and D. Goubau, *Le droit des personnes physiques* (2nd ed. 1997), at pp. 168-70. In our view, the right to one's image, which has an extrapatrimonial and a patrimonial aspect, is an element of the right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*. This is consistent with the liberal interpretation given to the concept of privacy in the recent decision *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, and in past judgments of this Court. See *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427.

52 In *Godbout v. Longueuil (City)*, the Supreme Court held that the purpose of the protection accorded to privacy is to guarantee a sphere of individual autonomy for all decisions relating to "choices that are of a fundamentally private or inherently personal nature" (para. 98). If the purpose of the right to privacy guaranteed by s. 5 of the Quebec *Charter* is to protect a sphere of individual autonomy, that right must include the ability to control the use made of one's image, since the right to one's image is based on the idea of individual autonomy, that is, on the control each person has over his or her identity. It can also be stated that this control implies a personal choice. It should be noted, finally, that art. 36 of the new *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, although not applicable here, confirms this interpretation since it recognizes that the use of a person's name, image, likeness or voice for a purpose other than

Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc., [1996] 2 R.C.S. 345, au par. 122, et *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, au par. 58.

Soulignons tout d'abord que nous restreindrons notre analyse à la seule question en litige devant notre Cour, soit la publication d'une photographie prise sans permission.

Il existe une controverse en droit français, et une incertitude correspondante en droit québécois, quant à savoir si le droit à l'image est un droit de la personnalité autonome ou une composante du droit à la vie privée. Voir à ce sujet L. Potvin, *La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise* (1991), à la p. 33, et É. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques* (2^e éd. 1997), aux pp. 168 à 170. À notre avis, le droit à l'image, qui a un aspect extrapatrimonial et un aspect patrimonial, est une composante du droit à la vie privée inscrit à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. Cette constatation est conforme à l'interprétation large donnée à la notion de vie privée dans le récent arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, et dans la jurisprudence de notre Cour. Voir *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427.

Dans l'affaire *Godbout c. Longueuil (Ville)*, la Cour suprême a décidé que la protection accordée à la vie privée vise à garantir une sphère d'autonomie individuelle relativement à l'ensemble des décisions qui se rapportent à des «choix de nature fondamentalement privée ou intrinsèquement personnelle» (par. 98). Dans la mesure où le droit à la vie privée consacré par l'art. 5 de la *Charte* québécoise cherche à protéger une sphère d'autonomie individuelle, ce droit doit inclure la faculté de contrôler l'usage qui est fait de son image puisque le droit à l'image prend appui sur l'idée d'autonomie individuelle, c'est-à-dire sur le contrôle qui revient à chacun sur son identité. Nous pouvons aussi affirmer que ce contrôle suppose un choix personnel. Notons enfin que l'art. 36 du nouveau *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, qui ne trouve cependant pas application en l'espèce, confirme cette interprétation puisqu'il reconnaît comme

the legitimate information of the public is an invasion of privacy.

Since the right to one's image is included in the right to respect for one's private life, it is axiomatic that every person possesses a protected right to his or her image. This right arises when the subject is recognizable. There is, thus, an infringement of the person's right to his or her image, and therefore fault, as soon as the image is published without consent and enables the person to be identified. See *Field v. United Amusement Corp.*, [1971] C.S. 283.

The right to respect for one's private life should not be confused with the right to one's honour and reputation under s. 4 of the Quebec *Charter* even though, in certain cases, wrongful publication of an image may in itself result in an injury to one's honour and reputation. Since every person is entitled to protection of his or her privacy, and since the person's image is protected accordingly, it is possible for the rights inherent in the protection of privacy to be infringed even though the published image is in no way reprehensible and has in no way injured the person's reputation. In the case at bar, the judges at trial and on appeal found that the photograph was in no way reprehensible and did not injure the respondent's honour or reputation. The Court of Appeal also found that the manner in which the photograph was juxtaposed with the text did not make it possible to associate the two elements and that, at any rate, the text was serious and not open to ridicule.

The right to respect for one's private life comes into conflict here with another right protected by the Quebec *Charter*, in s. 3, namely the right to freedom of expression. LeBel J.A. and Biron J. stated that Quebec law does not yet consider artistic expression to be a separate right. It is our view that freedom of expression includes freedom of artistic expression. See, for example, *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 762; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 969-70 and 1009; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at

atteinte à la vie privée le fait d'utiliser le nom d'une personne, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public.

Puisque le droit à l'image fait partie du droit au respect de la vie privée, nous pouvons postuler que toute personne possède sur son image un droit qui est protégé. Ce droit surgit lorsque le sujet est reconnaissable. Il faut donc parler de violation du droit à l'image, et par conséquent de faute, dès que l'image est publiée sans consentement et qu'elle permet l'identification de la personne. Voir *Field c. United Amusement Corp.*, [1971] C.S. 283.

Le droit au respect de la vie privée ne saurait se confondre avec le droit à l'honneur et à la réputation inscrit à l'art. 4 de la *Charte* québécoise même si, dans certains cas, une publication fautive de l'image peut, à elle seule, entraîner une atteinte à l'honneur et à la réputation. Toute personne ayant droit à la protection de sa vie privée, et son image étant protégée à ce titre, les droits propres à la protection de la vie privée pourront être violés même si l'image publiée n'a aucunement porté atteinte à la réputation de la personne. En l'espèce, les juges de première instance et d'appel ont conclu que la photographie ne revêtait aucun caractère répréhensible et ne portait pas atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'intimée. La Cour d'appel a aussi conclu que la juxtaposition de la photographie au texte ne permettait pas une association des deux éléments, et que, de toute façon, le texte était sérieux et ne prêtait pas au ridicule.

Le droit au respect de la vie privée se heurte, en l'instance, à un autre droit protégé par la *Charte* québécoise, à l'art. 3, le droit à la liberté d'expression. Les juges LeBel et Biron mentionnent que le droit québécois ignore toujours l'exception artistique comme droit autonome. Nous croyons que la liberté d'expression comprend la liberté d'expression artistique. Voir, par exemple, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 762; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 969, 970 et 1009; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 756 et

53

54

55

pp. 756 and 767; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 490. It is, therefore, unnecessary to create a special category to take freedom of artistic expression into account. Artistic expression does not require a special category to be effective. Nor is there any justification for giving it a status superior to that of general freedom of expression. An artist can assert his or her right to freedom of expression under the same conditions as any other person. There is, thus, no need to distinguish freedom of artistic expression from journalistic reporting, as we have been asked to do.

56 The right to respect for one's private life, like freedom of expression, must be interpreted in accordance with the provisions of s. 9.1 of the Quebec *Charter*. For this purpose, it is necessary to balance these two rights.

57 The public's right to information, supported by freedom of expression, places limits on the right to respect for one's private life in certain circumstances. This is because the expectation of privacy is reduced in certain cases. A person's right to respect for his or her private life may even be limited by the public's interest in knowing about certain traits of his or her personality. In short, the public's interest in being informed is a concept that can be applied to determine whether impugned conduct oversteps the bounds of what is permitted.

58 The public interest so defined is thus conclusive in certain cases. The balancing of the rights in question depends both on the nature of the information and on the situation of those concerned. This is a question that depends on the context. Thus, it is generally recognized that certain aspects of the private life of a person who is engaged in a public activity or has acquired a certain notoriety can become matters of public interest. This is true, in particular, of artists and politicians, but also, more generally, of all those whose professional success depends on public opinion. There are also cases where a previously unknown individual is called on to play a high-profile role in a matter within the public domain, such as an important trial, a major economic activity having an impact on the use of public funds, or an activity involving

767; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 490. Il n'y a donc pas lieu de créer une catégorie particulière pour tenir compte de la liberté d'expression artistique. L'expression artistique n'a pas besoin d'une catégorie spéciale pour se réaliser. Il n'y a pas, non plus, de justification pour lui attribuer un statut supérieur à la liberté d'expression générale. L'artiste peut invoquer son droit à la liberté d'expression suivant les mêmes conditions que toute autre personne. Il n'y a donc pas lieu de distinguer la liberté d'expression artistique du reportage journalistique, comme nous avons été invités à le faire.

Le droit au respect de la vie privée comme la liberté d'expression doivent recevoir une interprétation conforme aux dispositions de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Pour y parvenir, il faut décider de la pondération de ces deux droits.

Le droit du public à l'information, soutenu par la liberté d'expression, impose des limites au droit au respect de la vie privée dans certaines circonstances. Ceci tient au fait que l'expectative de vie privée est réduite dans certains cas. Le droit au respect de la vie privée d'une personne peut même être limité en raison de l'intérêt que le public a de prendre connaissance de certains traits de sa personnalité. L'intérêt du public à être informé est en somme une notion permettant de déterminer si un comportement attaqué dépasse la limite de ce qui est permis.

L'intérêt public ainsi défini est donc déterminant, dans certains cas. La pondération des droits en cause dépend de la nature de l'information, mais aussi de la situation des intéressés. C'est une question qui est dépendante du contexte. Ainsi, il est généralement reconnu que certains éléments de la vie privée d'une personne exerçant une activité publique ou ayant acquis une certaine notoriété peuvent devenir matière d'intérêt public. C'est le cas, notamment, des artistes et des personnalités politiques, mais aussi, plus globalement, de tous ceux dont la réussite professionnelle dépend de l'opinion publique. Il peut aussi arriver qu'un individu jusqu'alors inconnu soit appelé à jouer un rôle de premier plan dans une affaire qui relève du domaine public, par exemple, un procès important, une activité économique majeure ayant une inci-

public safety. It is also recognized that a photographer is exempt from liability, as are those who publish the photograph, when an individual's own action, albeit unwitting, accidentally places him or her in the photograph in an incidental manner. The person is then in the limelight in a sense. One need only think of a photograph of a crowd at a sporting event or a demonstration.

Another situation where the public interest prevails is one where a person appears in an incidental manner in a photograph of a public place. An image taken in a public place can then be regarded as an anonymous element of the scenery, even if it is technically possible to identify individuals in the photograph. In such a case, since the unforeseen observer's attention will normally be directed elsewhere, the person "snapped without warning" cannot complain. The same is true of a person in a group photographed in a public place. Such a person cannot object to the publication of the photograph if he or she is not its principal subject. On the other hand, the public nature of the place where a photograph was taken is irrelevant if the place was simply used as background for one or more persons who constitute the true subject of the photograph.

In the context of freedom of expression, which is at the heart of the public's interest in being informed, the person's express or tacit consent to the publication of his or her image must, therefore, be taken into account. For a more thorough analysis of these various exemptions, see Potvin, *supra*, at pp. 351-431.

LeBel J.A. and Biron J. analysed this question on the basis of the notion of [TRANSLATION] "socially useful information" (p. 2149). In their view, freedom of expression and the public's right to information will prevail where the expression at issue concerns information that is "socially useful". This notion seems to have been borrowed from American law, which draws a distinction between useful information, in the sense of the

dence sur l'emploi de fonds publics, ou une activité qui met en cause la sécurité publique. L'on reconnaît également qu'il y a exonération de responsabilité du photographe et de ceux qui publient sa photographie lorsque par son action, même involontaire, un simple particulier se trouve accidentellement et accessoirement dans la photographie. La personne est alors, en quelque sorte, projetée sous les feux de la rampe. Nous n'avons qu'à penser à la photographie d'une foule durant un événement sportif ou une manifestation.

Une autre situation où l'intérêt public prédomine est celle où une personne paraît de façon accessoire dans la photographie d'un lieu public. L'image saisie dans un lieu public peut alors être considérée comme un élément anonyme du décor, même s'il est techniquement possible d'identifier des personnes sur la photographie. Dans cette hypothèse, vu que l'attention de l'observateur imprévu se portera normalement ailleurs, la personne «croquée sur le vif» ne pourra s'en plaindre. La même solution s'impose à l'égard d'une personne faisant partie d'un groupe photographié dans un lieu public. Cette personne ne peut s'opposer à la publication d'une telle photographie si elle n'en est pas le sujet principal. En revanche, le caractère public du lieu où une photographie a été prise est sans conséquence lorsque ce lieu sert simplement à encadrer une ou plusieurs personnes qui constituent l'objet véritable de la photographie.

Dans le contexte de la liberté d'expression, qui est au centre de l'intérêt du public à être informé, il faut donc tenir compte du consentement exprès ou tacite de la personne à la publication de son image. Pour une analyse plus approfondie de l'ensemble de ces moyens d'exonération, voir Potvin, *op. cit.*, aux pp. 351 à 431.

Les juges LeBel et Biron ont analysé cette question à la lumière de la notion de l'«information socialement utile» (p. 2149). À leur avis, il y a préséance de la liberté d'expression et du droit du public à l'information lorsque l'expression en cause porte sur une information «socialement utile». Cette notion semble avoir été empruntée au droit américain qui établit une distinction entre l'information utile, au sens du droit du public

59

60

61

public's right to be informed, and information whose sole purpose is commercial. See *Estate of Presley v. Russen*, 513 F.Supp. 1339 (D.N.J. 1981), and *Current Audio Inc. v. RCA Corp.*, 337 N.Y.S.2d 949 (Sup. Ct. 1972). Only the first category is protected in the United States. In the United States, freedom of expression and public information prevail over the right to privacy except where the information's sole purpose is commercial. We agree with the intervener that this notion of "socially useful" refers only to the fact that the information in question has an economic, political, artistic, cultural, sporting or other value. A photograph of a single person can be "socially useful" because it serves to illustrate a theme. That does not make its publication acceptable, however, if it infringes the right to privacy. We do not consider it appropriate to adopt the notion of "socially useful" for the purposes of legal analysis. The distinction based on commercial purpose is inconsistent with s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Only one question arises, namely the balancing of the rights at issue. It must, therefore, be decided whether the public's right to information can justify dissemination of a photograph taken without authorization.

d'être informé, et de l'information qui ne sert qu'une fin commerciale. Voir *Estate of Presley c. Russen*, 513 F.Supp. 1339 (D.N.J. 1981), et *Current Audio, Inc. c. RCA Corp.*, 337 N.Y.S.2d 949 (Sup. Ct. 1972). Seule la première catégorie est protégée aux États-Unis. Aux États-Unis la liberté d'expression et d'information du public prévaut sur le droit à la vie privée sauf lorsque l'information ne sert qu'aux fins commerciales. Tout comme l'intervenante, nous croyons que cette notion du «socialement utile» réfère simplement au fait que l'information en question a une valeur économique, politique, artistique, culturelle, sportive ou autre. La photographie d'une seule personne peut être «socialement utile» parce qu'elle sert à illustrer un thème. Cela ne rend cependant pas acceptable sa publication si elle porte atteinte au droit à la vie privée. Au plan de l'analyse juridique, nous ne voyons pas l'utilité de retenir la notion du «socialement utile». La distinction fondée sur le but commercial n'est pas compatible avec l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Une seule question se pose: c'est celle de la pondération des droits en cause. Il y a donc lieu de décider si le droit du public à l'information peut justifier la diffusion d'une photographie prise sans autorisation.

62

In the case at bar, the appellants are liable *a priori*, since the photograph was published when the respondent was identifiable. In our view, the artistic expression of the photograph, which was alleged to have served to illustrate contemporary urban life, cannot justify the infringement of the right to privacy it entails. It has not been shown that the public's interest in seeing this photograph is predominant. The argument that the public has an interest in seeing any work of art cannot be accepted, especially because an artist's right to publish his or her work, no more than other forms of freedom of expression, is not absolute. The wording of s. 9.1 of the Quebec *Charter* should be borne in mind here, together with the fact that this Court has stated on a number of occasions that freedom of expression must be defined in light of the other values concerned. See *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; and *Hill v. Church of*

En l'espèce, la responsabilité des appelants est à priori engagée puisqu'il y a eu publication de la photographie alors que l'intimée était identifiable. Nous ne croyons pas que l'expression artistique de la photographie, dont on a allégué qu'elle servait à illustrer la vie urbaine contemporaine, puisse justifier l'atteinte au droit à la vie privée qu'elle comporte. L'intérêt dominant du public à prendre connaissance de cette photographie n'a pas été démontré. L'argument que le public a intérêt à prendre connaissance de toute œuvre artistique ne peut être retenu, notamment parce que le droit de l'artiste de faire connaître son œuvre, pas plus que les autres formes de liberté d'expression, n'est absolu. Il y a en effet lieu de rappeler ici le texte de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, de même que le fait que notre Cour a affirmé à plusieurs reprises que la liberté d'expression doit être délimitée en tenant compte des autres valeurs en présence. Voir *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455;

Scientology of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 103. See also *Moises v. Canadian Newspaper Co.*, [1997] 1 W.W.R. 337 (B.C.C.A.).

An artist's right to publish his or her work cannot include the right to infringe, without any justification, a fundamental right of the subject whose image appears in the work. While the artist's right must be taken into consideration, so must the rights of the photograph's subject. If it is accepted that publishing the artist's work is an exercise of freedom of expression, the respondent's right not to consent must also be taken into consideration. That is what this Court held in the context of the *Canadian Bill of Rights* in *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2, at pp. 14-15, where the Court denied a radio station the right to broadcast an interview without the consent of the person interviewed.

When the values at issue in a case must be balanced, it is important to bear in mind that our law is characterized by recognition of interrelated rights whose purpose is to strengthen the democratic ideal. Individual freedom is at the heart of that ideal. Dickson J. (as he then was) stated the following in this regard in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 336-37:

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only . . . blatant forms of compulsion . . . [but also] includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others.

None of the exceptions mentioned earlier based on the public's right to information is applicable here. Accordingly, there appears to be no justification for giving precedence to the appellants other than their submission that it would be very difficult

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, au par. 103. Voir aussi *Moises c. Canadian Newspaper Co.*, [1997] 1 W.W.R. 337 (C.A.C.-B.).

Le droit de faire connaître son œuvre ne saurait comprendre le droit pour l'artiste de porter atteinte, sans justification aucune, à un droit fondamental du sujet dont l'œuvre dévoile l'image. S'il faut tenir compte du droit de l'artiste, il faut aussi tenir compte des droits du sujet de la photographie. Si l'on accepte que faire connaître son œuvre est un exercice de la liberté d'expression, il faut aussi tenir compte du droit de l'intimée de refuser son consentement. C'est ce qui a été décidé par notre Cour dans le contexte de la *Déclaration canadienne des droits* dans *CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2, aux pp. 14 et 15, où la Cour a refusé le droit à un poste de radio de diffuser un commentaire sans l'assentiment de son auteur.

Lorsque l'on est appelé à pondérer les valeurs en cause dans une affaire, il est important de rappeler que notre droit est caractérisé par la reconnaissance de droits interreliés qui ont pour objet de renforcer l'idéal démocratique. Au cœur de cet idéal, on retrouve la liberté individuelle. Voici ce qu'en dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 336 et 337:

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante [. . .] mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui.

Aucune des exceptions fondées sur le droit du public à l'information que nous avons mentionnées antérieurement n'est applicable en l'espèce. Il ne semble donc y avoir aucune justification pour donner préséance aux appelants, si ce n'est leur posi-

63

64

65

in practice for a photographer to obtain the consent of all those he or she photographs in public places before publishing their photographs. To accept such an exception would, in fact, amount to accepting that the photographer's right is unlimited, provided that the photograph is taken in a public place, thereby extending the photographer's freedom at the expense of that of others. We reject this point of view. In the case at bar, the respondent's right to protection of her image is more important than the appellants' right to publish the photograph of the respondent without first obtaining her permission.

V. Damages

66 The appellants argued that there was no causal connection between the publication of the photograph and the damages. In our view, no particular problem arises here since the damages are the logical, direct and immediate consequence of the fault. A teenager's sensitivity and the possibility of being teased by her friends are eminently foreseeable.

67 Nonetheless, it was necessary for the respondent to establish that she had suffered prejudice. Such prejudice may be extrapatrimonial and/or patrimonial.

68 Where extrapatrimonial damages are concerned, we agree with Baudouin J.A. that the infringement of a right guaranteed by the Quebec *Charter* is in itself insufficient to establish that damage has been sustained. Nor is an award of symbolic damages justified when the courts wish to punish the infringement of a right that will, in most cases, result in minimal injury. This would be contrary to the principles of civil responsibility.

69 The damages must, therefore, be proven. As Dean Nerson pointed out in his thesis entitled *Les droits extrapatrimoniaux* (1939), at p. 384 (cited in Potvin, *supra*, at p. 272), damages [TRANSLATION] "may consist simply in the annoyance felt by a person at becoming a 'celebrity' ". The publication of a picture of a person that discloses a scene from his or her private life violates the victim's feeling

tion qu'il serait très difficile, en pratique, pour un photographe d'obtenir le consentement de toutes les personnes qu'il photographie dans des lieux publics avant de publier leur photographie. Accepter ce genre d'exception, c'est en fait accepter que le droit du photographe est illimité, pourvu que sa photographie soit prise dans un endroit public. C'est étendre sa liberté aux dépens de celle des autres. Nous rejetons ce point de vue. En l'instance, le droit de l'intimée à la protection de son image est plus important que le droit des appelants à publier la photographie de l'intimée sans avoir obtenu sa permission au préalable.

V. Les dommages

Les appelants ont allégué qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre la publication de la photographie et le dommage. À notre avis, il ne se pose pas de problème particulier en l'espèce puisque le dommage est la conséquence logique, directe et immédiate de la faute. La sensibilité d'une adolescente et la possibilité de railleries de ses camarades sont éminemment prévisibles.

Il fallait, néanmoins, que l'intimée établisse qu'elle a subi un préjudice. Ce préjudice peut être extrapatrimonial, patrimonial, ou les deux.

En ce qui concerne les dommages extrapatrimoniaux, nous croyons, tout comme le juge Baudouin, que l'on ne saurait imputer des dommages du seul fait qu'il y a eu atteinte à un droit garanti par la *Charte* québécoise. L'allocation de dommages et intérêts symboliques n'est pas non plus justifiée quand les tribunaux veulent sanctionner la violation d'un droit subjectif qui produira le plus souvent un préjudice minime. Ceci irait à l'encontre des principes de responsabilité civile.

Les dommages doivent, par conséquent, être prouvés. Comme le souligne le doyen Nerson dans sa thèse *Les droits extrapatrimoniaux* (1939), à la p. 384 (citée dans Potvin, *op. cit.*, à la p. 272), le dommage «peut consister simplement dans le déplaisir qu'éprouve la personne à devenir une "figure connue"». La publication de l'image d'une personne qui divulgue une scène de sa vie privée

of [TRANSLATION] “eminently respectable” propriety and can cause him or her a significant moral prejudice. In his thesis entitled *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image* (1978), No. 347, at pp. 388-89 (cited in Potvin, *supra*, at p. 274), J. Ravanas described the elements of moral prejudice as follows:

[TRANSLATION] Such a feeling is likely to be offended each time a photographer invades someone’s privacy or serves it up to the public. The camera lens captures a human moment at its most intense, and the snapshot “defiles” that moment. The privileged instant of personal life becomes “this object image offered to the curiosity of the greatest number”. A person surprised in his or her private life by a roving photographer is stripped of his or her transcendency and human dignity, since he or she is reduced to the status of a “spectacle” for others. . . . This “indecenty of the image” deprives those photographed of their most secret substance.

In the case at bar, the evidence of moral damages is limited. The moral prejudice is described in a few lines. Nonetheless, it is possible for a trial judge in a case such as this to assess the victim’s conduct and, going beyond his or her words, to detect a violation of dignity in the sense described by Mr. Ravanas.

[TRANSLATION]

Q. Did that photo cause you any difficulties?

A. Some difficulties; people laughed at me.

Q. People, who are these people?

A. My friends, the people at school.

Q. The people at school?

A. Uh-huh.

Q. I have no further questions, Your Honour.

Although the evidence is limited, we agree with LeBel J.A. and Biron J. that, having been accepted by the trial judge, it could serve as a basis for the damages awarded. This evidence did exist and illustrated in the trial judge’s view the discomfort and upset felt by the respondent as a result of the publication of her photograph. Thus, contrary to

porte atteinte au sentiment de pudeur «éminemment respectable» de la victime et peut lui causer un préjudice moral considérable. Monsieur J. Ravanas décrit ainsi, dans sa thèse intitulée *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image* (1978), n° 347, aux pp. 388 et 389 (cité dans Potvin, *op. cit.*, à la p. 274), les éléments du préjudice moral:

Un tel sentiment risque d’être froissé chaque fois que le photographe s’immisce dans la vie privée des personnes ou la livre en pâture au public. L’objectif photographique saisit un moment humain dans ce qu’il y a de plus intense, et, par la vertu de l’instantané, ce moment est «profané». L’instant privilégié de la vie personnelle devient «cette image-objet offerte à la curiosité du plus grand nombre». Celui qui est surpris dans sa vie intime par le chasseur d’images est dépouillé de sa transcendance et de sa dignité d’homme car il est alors réduit à l’état de «spectacle» pour autrui. . . . Cette «indécence de l’image» prive les personnes représentées de leur substance la plus secrète.

En l’espèce, la preuve de dommages moraux est sommaire. Le préjudice moral est décrit en quelques lignes. Il est néanmoins possible pour le juge du procès, dans une affaire de cette nature, de juger du comportement de la victime et de déceler au-delà des mots utilisés par elle une atteinte à la dignité au sens où la décrit M. Ravanas.

Q. Est-ce que ça vous a emmené des tracas, cette photo-là?

R. Des tracas; le monde ont ri de moi, là.

Q. Le monde, c’est qui ça le monde?

R. Mes amis, le monde de l’école.

Q. Le monde de l’école?

R. Um-hum.

Q. Je n’ai pas d’autres questions, Votre Seigneurie.

Bien que la preuve soit peu étoffée, nous croyons, comme les juges LeBel et Biron, qu’ayant été acceptée par le juge du procès, elle pouvait constituer un fondement aux dommages accordés. Cette preuve existait et illustre, selon le juge du procès, l’inconfort et les tracas que l’intimée a ressentis suite à la publication de sa photographie.

what Baudouin J.A. stated, the trial judge did not find that an injury had been sustained solely because the photograph was wrongfully disseminated. To find that there was no moral prejudice, it would be necessary to reassess the respondent's credibility, but that assessment is essentially the province of the trier of fact. No manifest, serious and critical error has been shown. See in this regard *Hodgkinson v. Simms*, *supra*, at p. 426.

72 The damages awarded were \$2,000, which seems high. It must be recognized, however, that it is always difficult to assess moral damage and that such a decision is up to the trier of fact. This Court has stressed the importance of the trial court's role in such matters and the caution appellate courts must show before intervening in such an assessment. See *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, *supra*, at p. 810:

The rule is that an appellate court should not alter the quantum of damages set by the trial judge simply because it would have awarded a different amount if it had itself been sitting at the trial level. For the quantum to be altered, an appellate court must be shown that the trial judge applied an erroneous rule of law or that the amount awarded was palpably incorrect compensation for the damage suffered.

73 It is clear, however, that the trial judge erred with respect to the extent of the dissemination of the magazine. He also erred in stating that the damages would compensate in part for the humiliation suffered by the respondent as a result of the injury to her reputation, whereas no injury to her honour and reputation had been proven. However, these errors in the assessment do not call into question the existence of moral damages resulting from the infringement of the respondent's right to respect for her private life. Accordingly, they do not warrant this Court's intervention to reduce a compensatory award that is still within reasonable limits.

74 With respect to the patrimonial aspect of the invasion of privacy, we are of the view that the

Ainsi, contrairement à ce qu'affirme le juge Baudouin, le juge de première instance n'aurait pas imputé un dommage du seul fait de la diffusion fautive de la photographie. Pour conclure à l'inexistence du préjudice moral, il faudrait en fait revenir sur l'appréciation de la crédibilité de l'intimée, domaine essentiellement réservé à l'appréciation souveraine du juge des faits. Aucune erreur manifeste, grave et déterminante n'a été démontrée. Voir à cet effet *Hodgkinson c. Simms*, précité, à la p. 426.

Les dommages accordés sont de 2 000 \$; ils semblent élevés. L'on doit cependant reconnaître que l'évaluation d'un dommage moral reste toujours difficile et qu'il appartient au juge des faits d'en décider. Notre Cour a souligné l'importance du rôle du tribunal de première instance dans ce domaine et la prudence dont doivent faire preuve les cours d'appel avant d'intervenir à l'égard d'une telle appréciation. Voir *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, précité, à la p. 810:

La règle veut qu'une cour d'appel ne doit pas modifier le quantum des dommages établi par le juge du fait pour le simple motif qu'elle aurait accordé un montant différent si elle avait elle-même siégé en première instance. Pour modifier le quantum, il doit être démontré à une cour d'appel que le juge du procès a appliqué un principe de droit erroné ou que la somme accordée constitue une indemnisation manifestement incorrecte du préjudice subi.

Il est cependant clair que le juge de première instance s'est mépris au sujet de l'importance de la diffusion de la revue. Il s'est également mépris en disant que les dommages compensaient en partie l'humiliation subie par l'intimée pour l'atteinte à sa réputation, alors qu'aucune atteinte à l'honneur et à la réputation n'avait été prouvée. Ces erreurs d'appréciation ne remettent cependant pas en cause l'existence d'un dommage moral résultant de l'atteinte au droit au respect de la vie privée de l'intimée. Elles ne justifient donc pas l'intervention de notre Cour pour réduire une indemnité encore située dans les limites du raisonnable.

En ce qui a trait à l'aspect patrimonial de l'atteinte à la vie privée, nous sommes d'avis que l'ex-

commercial or promotional exploitation of an image, whether of a well-known person or a private individual, can cause the victim material prejudice. The compensation must, then, be calculated on the basis of the loss actually sustained and the lost profit (art. 1073 C.C.L.C.). In this regard, the respondent is correct in stating that the magazine does not cease to be "commercial" merely because it has an artistic content. In the case at bar, the photograph was used for commercial purposes, in particular to sell the magazine. The trial judge stated that the amount of \$2,000 was compensation for moral damages only. Neither the trial judge nor the judges of the Court of Appeal discussed the patrimonial aspect of the damages. The respondent was, however, entitled to claim an amount in exchange for the use of her image. The respondent argued that there was commercial exploitation and adduced evidence in support of her claim for damages in respect thereof. The testimony of Gilbert Duclos disclosed that he usually has to pay between \$30 and \$40 an hour for the services of a model, generally for a period of two to four hours. Thus, the respondent would ordinarily have been entitled to a sum of money. In the present case, this was the only evidence available to this Court for calculating these damages. In other circumstances, where the evidence so permits, it is not impossible to compensate for patrimonial damages through profit-sharing based on the principles of profit lost and loss sustained. Since no cross-appeal was brought with respect to the amount of the damages, we will not vary the amount awarded by the trial judge.

The appeal is dismissed with costs.

The respondent has asked that the appellants be ordered to pay not only costs, but also fees, or solicitor-client costs. In Quebec, the awarding of costs is governed exhaustively by the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, and the various tariffs. See *Kowarsky v. Procureur général du Québec*,

exploitation commerciale ou publicitaire de l'image, qu'elle soit d'une personne connue ou d'un simple particulier, est susceptible de causer à la victime un préjudice matériel. L'indemnité doit alors être calculée en fonction de la perte effectivement subie et du gain manqué (art. 1073 C.c.B.C.). À cet égard, l'intimée a raison d'affirmer que la revue ne cesse pas d'être « commerciale » du seul fait qu'elle a un contenu artistique. En l'espèce, la photographie a été utilisée à des fins commerciales, notamment pour vendre la revue. Le juge de première instance a spécifié que le montant de 2 000 \$ ne compensait que le dommage moral. Ni le juge de première instance, ni les juges de la Cour d'appel, n'ont traité de la question de l'aspect patrimonial du dommage. Or, l'intimée était en droit d'exiger une somme en échange de l'utilisation de son image. L'intimée a allégué qu'il y a eu exploitation commerciale et elle a présenté une preuve à l'appui de la demande de dommages et intérêts à ce titre. Le témoignage de M. Gilbert Duclos révèle que celui-ci doit habituellement payer entre 30 \$ et 40 \$ l'heure pour les services d'un mannequin, généralement pour une période de deux à quatre heures. L'intimée aurait donc normalement eu droit à une somme d'argent. Notons qu'en l'espèce, c'est la seule preuve dont nous disposons pour calculer ces dommages. Dans d'autres circonstances, suivant la preuve offerte, il n'est pas impossible que les dommages patrimoniaux soient compensés par une participation aux profits, suivant les principes du gain manqué et de la perte subie. Aucun appel reconventionnel n'ayant été formé concernant le montant des dommages, nous ne modifierons pas le montant accordé par le juge du procès.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

L'intimée demande que les appelants soient condamnés non seulement aux dépens, mais également aux honoraires, ou dépens entre procureur et client. Au Québec, l'attribution des dépens est régie de façon exhaustive par le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, et les divers tarifs. Voir *Kowarsky c. Procureur général du Québec*, [1988] R.D.J. 339 (C.A.). Ceux-ci reconnaissent au juge

[1988] R.D.J. 339 (C.A.). These confer a discretion on the judge to award additional costs.

77 The first paragraph of art. 477 C.C.P. provides that:

477. The losing party must pay all costs, including the costs of the stenographer, unless by decision giving reasons the court reduces or compensates them, or orders otherwise.

78 Section 15 of the *Tariff of judicial fees of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, reads as follows:

15. The Court may, upon request or *ex officio*, grant a special fee, in addition to all others [*sic*] fees, in an important case.

79 The Quebec courts have not interpreted the above provisions as authorizing them to award additional costs to punish bad faith or abuse of process, as is the case in the common law jurisdictions. Under art. 477 a court may, nonetheless, order that costs be paid by counsel personally where he or she is guilty of highly reprehensible conduct. See *Droit de la famille — 1777*, [1994] R.J.Q. 1493 (C.A.), at p. 1501, *per* Delisle J.A.

80 Nor does the “important case” referred to in s. 15 cover additional costs for the purpose of punishing reprehensible conduct. See *Banque canadienne impériale de commerce v. Aztec Iron Corp.*, [1978] C.S. 266, at p. 284, *per* Archambault J., and *Droit de la famille — 1777*, *supra*, at p. 1501. However, it does apply to a very long and complex case (see *Berthiaume v. Réno-Dépôt inc.*, [1996] R.J.Q. 1323 (Sup. Ct.)). In certain circumstances, a test case may meet the requirements of s. 15 if its importance for an industry has transformed it into a much longer and more complex case than the interests of the immediate parties would ordinarily have warranted.

81 In the present case, the respondent argues that the media more or less took the initiative in the proceedings in order to obtain a decision establish-

un pouvoir discrétionnaire en matière de dépens additionnels.

Le premier alinéa de l’art. 477 C.p.c. prévoit que:

477. La partie qui succombe supporte les dépens, frais du sténographe compris, à moins que, par décision motivée, le tribunal ne les mitige, ne les compense ou n’en ordonne autrement.

L’article 15 du *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13, prévoit que:

15. La Cour peut, sur demande ou d’office, accorder un honoraire spécial, en plus de tous autres honoraires, dans une cause importante.

Les tribunaux du Québec n’ont pas interprété les articles ci-dessus comme autorisant l’octroi de dépens additionnels pour sanctionner la mauvaise foi ou l’abus de procédures, comme c’est le cas dans les juridictions de common law. Le tribunal peut néanmoins, aux termes de l’art. 477, ordonner que les dépens soient payés par le procureur personnellement, lorsqu’il s’est rendu coupable d’une conduite très répréhensible. Voir *Droit de la famille — 1777*, [1994] R.J.Q. 1493 (C.A.), à la p. 1501 (le juge Delisle).

La «cause importante» à laquelle réfère l’art. 15 ne comprend pas, non plus, les dépens additionnels qui auraient pour but de sanctionner une conduite répréhensible. Voir *Banque canadienne impériale de commerce c. Aztec Iron Corp.*, [1978] C.S. 266, à la p. 284 (le juge Archambault), et *Droit de la famille — 1777*, précité, à la p. 1501. Elle vise cependant la cause très longue et très complexe (voir *Berthiaume c. Réno-Dépôt inc.*, [1996] R.J.Q. 1323 (C.S.)). Dans certains cas, une cause-type pourra satisfaire aux exigences de l’art. 15 parce que son importance pour une industrie l’aura en fait transformée en une cause beaucoup plus longue et complexe que ne l’aurait normalement justifié l’intérêt des parties immédiates.

En l’instance, l’intimée allègue que les médias ont plus ou moins pris l’initiative des procédures afin d’obtenir une décision établissant leurs

ing their own rights in the practice of the professions of photographer and journalist, and that this justifies an additional award of costs, even though the respondent is still eligible for legal aid. Counsel for the appellant, Les Éditions Vice-Versa inc., argues, for her part, that the respondent should have included such costs in its claim for damages. Even if this were recognized to be a test case that entitles the respondent to additional costs, we do not feel that it would be appropriate to award such costs. We wish to make it clear, however, that we also reject the appellant's position that additional costs must be included in the claim for damages. This approach would be entirely inconsistent with the provisions of art. 477 C.C.P. It should also be noted that, in the instant case, the costs cannot be considered to be the direct result of the violation of the Quebec *Charter*.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I agree with the result reached by the Chief Justice and would allow the appeal for the reasons of Baudouin J.A. that there was no evidence of damage.

Appeal dismissed with costs, LAMER C.J. and MAJOR J. dissenting.

Solicitors for the appellant Les Éditions Vice-Versa inc.: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitor for the appellant Duclos: Vivianne De Kinder, Montréal.

Solicitors for the respondent: Charbonneau & Archambault, Montréal.

Solicitors for the intervener: Lafleur Brown, Montréal.

propres droits dans l'exercice de la profession de photographe et de journaliste, et que ceci justifie l'octroi de dépens additionnels, même si l'intimée est toujours admissible à l'aide juridique. L'avocate de l'appelante, Les Éditions Vice-Versa inc., allègue pour sa part que l'intimée aurait dû prévoir les dépens à titre de dommages. Même s'il était reconnu qu'il s'agit ici d'une cause-type, nous ne croyons pas qu'il serait approprié d'accorder des dépens additionnels. Nous tenons cependant à préciser que nous rejetons aussi la position de l'appelante concernant la nécessité d'inclure les dépens additionnels dans la réclamation de dommages et intérêts. Cette approche serait tout à fait contraire aux dispositions de l'art. 477 C.p.c. Il faut aussi noter que, dans le cas présent, les dépens ne peuvent pas être considérés comme découlant directement de la violation de la *Charte* québécoise.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Je souscris au résultat auquel en arrive le Juge en chef et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour les raisons exposées par le juge Baudouin, selon lesquelles il n'y avait aucune preuve de préjudice.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef LAMER et le juge MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appelante Les Éditions Vice-Versa inc.: McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureur de l'appelant Duclos: Vivianne De Kinder, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Charbonneau & Archambault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante: Lafleur Brown, Montréal.

**Canadian Human Rights
Commission** *Appellant*

v.

**Canadian Liberty Net and Tony McAleer
(alias Derek J. Peterson)** *Respondents*

and between

**Canadian Liberty Net and Tony McAleer
(alias Derek J. Peterson)** *Appellants*

v.

**Canadian Human Rights
Commission** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the
League for Human Rights of B’Nai Brith
Canada** *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v.
CANADIAN LIBERTY NET

File No.: 25228.

1997: December 10; 1998: April 9.

Present: L’Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Major
and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Courts — Jurisdiction — Interlocutory injunctions —
Federal Court of Canada — Human rights tribunal
empanelled to decide whether certain recorded tele-
phone messages violated Canadian Human Rights Act
— Federal human rights commission seeking injunction
to prevent messages being made available until tribunal
rendered its final order — Whether Federal Court had
jurisdiction to issue injunction — Federal Court Act,
R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 3, 44 — Canadian Human
Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 13(1).*

*Contempt of court — Injunction — Violation —
Federal Court enjoining parties from making certain*

**Commission canadienne des droits de la
personne** *Appelante*

c.

**Canadian Liberty Net et Tony McAleer
(alias Derek J. Peterson)** *Intimés*

et entre

**Canadian Liberty Net et Tony McAleer
(alias Derek J. Peterson)** *Appellants*

c.

**Commission canadienne des droits de la
personne** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada et la
Ligue des droits de la personne B’Nai Brith
Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA
PERSONNE) c. CANADIAN LIBERTY NET

N° du greffe: 25228.

1997: 10 décembre; 1998: 9 avril.

Présents: Les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier,
McLachlin, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

*Tribunaux — Compétence — Injonctions interlocu-
toires — Cour fédérale du Canada — Tribunal des
droits de la personne constitué pour décider si certains
messages téléphoniques enregistrés violaient la Loi
canadienne sur les droits de la personne — Injonction
demandée par la Commission canadienne des droits de
la personne pour interdire les messages jusqu’à ce que
le tribunal ait prononcé son ordonnance finale — La
Cour fédérale avait-elle compétence pour accorder l’in-
jonction demandée? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C.
(1985), ch. F-7, art. 3, 44 — Loi canadienne sur les
droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 13(1).*

*Outrage au tribunal — Injonction — Violation —
Ordonnance de la Cour fédérale interdisant aux intéres-*

phone messages available until human rights tribunal had made its final ruling on whether they violated Canadian Human Rights Act — Whether parties properly held in contempt of court for violating terms of injunction.

The Canadian Human Rights Commission received several complaints regarding telephone messages made available by an organization advertising itself as “Canadian Liberty Net”. Callers to the Liberty Net phone number were offered a menu of telephone messages to choose from, by subject area, including racist messages. After investigating the content of the messages, the Commission requested that a human rights tribunal be empanelled to decide whether these messages constituted a discriminatory practice under s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*. The Commission then applied to the Federal Court, Trial Division, for an injunction prohibiting Liberty Net and Tony McAleer from making any such phone messages available until the human rights tribunal rendered a final order. The injunction was granted. When a commission investigator later telephoned the Liberty Net number, he heard a message referring callers to a new number in the US which contained messages whose content was proscribed by the injunction. Liberty Net and Tony McAleer were found guilty of contempt of court for violating the injunction. The Federal Court of Appeal, in two separate judgments, affirmed the finding of contempt but set aside the interlocutory injunction on the ground that the Trial Division had no jurisdiction to issue it.

Held (McLachlin and Major JJ. dissenting on the jurisdiction appeal): The appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal on jurisdiction should be allowed. The appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal with respect to the finding of contempt should be dismissed.

1. *Injunction appeal: Federal Court jurisdiction*

Per L’Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.: The Federal Court has jurisdiction to issue an injunction in support of the prohibitions contained in the *Canadian Human Rights Act*. Under s. 44 of the *Federal Court Act*, the court may grant an injunction “[i]n addition to any other relief” even in the event that the substance of

sés de donner accès à certains messages téléphoniques jusqu’à ce que le tribunal des droits de la personne ait décidé de façon définitive si ces messages violaient la Loi canadienne sur les droits de la personne — Les intéressés ont-ils à bon droit été déclarés coupables d’outrage au tribunal pour avoir violé les conditions de l’injunction?

La Commission canadienne des droits de la personne a reçu plusieurs plaintes concernant des messages téléphoniques transmis par une organisation s’annonçant sous le nom de «Canadian Liberty Net». Les personnes qui composaient le numéro de Liberty Net se faisaient offrir un menu de messages présentés par sujet, y compris des messages de nature raciste. Après avoir fait enquête sur la teneur des messages, la Commission a demandé qu’un tribunal des droits de la personne soit constitué pour décider si les messages constituaient l’acte discriminatoire prévu au par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Commission a ensuite demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale une injonction interdisant à Liberty Net et à Tony McAleer de permettre la communication de tels messages téléphoniques jusqu’à ce que le tribunal des droits de la personne rende son ordonnance définitive. L’injonction a été accordée. Par la suite, un enquêteur de la Commission a composé le numéro de Liberty Net et a entendu un message invitant les intéressés à composer un nouveau numéro de téléphone, aux États-Unis, donnant accès à des messages dont la teneur était interdite par l’ordonnance. Liberty Net et Tony McAleer ont été reconnus coupables d’outrage au tribunal pour avoir contrevenu à l’injonction. La Cour d’appel fédérale, dans deux arrêts distincts, a confirmé la condamnation pour outrage au tribunal, mais a annulé l’injonction interlocutoire au motif que la Section de première instance n’avait pas compétence pour l’accorder.

Arrêt (les juges McLachlin et Major sont dissidents à l’égard du pourvoi relatif à la compétence): Le pourvoi contre l’arrêt de la Cour d’appel fédérale concernant la compétence est accueilli. Le pourvoi contre l’arrêt de la Cour d’appel fédérale concernant la déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal est rejeté.

1. *Le pourvoi relatif à l’injonction: compétence de la Cour fédérale*

Les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache: La Cour fédérale a compétence pour accorder une injonction visant à faire respecter les interdictions énoncées par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. En vertu de l’art. 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la cour peut accorder une injonction «[i]ndépendamment

the dispute falls to be determined by another decision-maker. The introductory words of s. 44 do not constitute a clause of limitation. The general statement in s. 3 of the *Federal Court Act* as to the status of the Federal Court as “a superior court of record having civil and criminal jurisdiction”, combined with the many powers of supervision, control, and enforcement of this and numerous other tribunals, indicates that s. 44 is a power-conferring section.

The doctrine of inherent jurisdiction operates to ensure that there will always be a court which has the power to vindicate a legal right independent of any statutory grant. The court which benefits from the inherent jurisdiction is the court of general jurisdiction, namely, the provincial superior court. However, nothing in the essentially remedial concept of inherent jurisdiction justifies a narrow interpretation of federal statutes granting jurisdiction to the Federal Court. The legitimate proposition that the institutional and constitutional position of provincial superior courts warrants the grant to them of a residual jurisdiction over all federal matters where there is “gap” in statutory grants of jurisdiction is entirely different from the proposition that federal statutes should be read to find “gaps” unless the words of the statute explicitly close them. As is clear from the face of the *Federal Court Act*, and confirmed by the additional role conferred on it in other federal Acts, Parliament intended to grant a general administrative jurisdiction over federal tribunals to the Federal Court. Within the sphere of control and exercise of powers over administrative decision-makers, the powers conferred on the Federal Court by statute should be interpreted in a fair and liberal fashion. Where an issue is clearly related to the control and exercise of powers of an administrative agency, which includes the interim measures to regulate disputes whose final disposition is left to an administrative decision-maker, the Federal Court can be considered to have a plenary jurisdiction.

In this case, it is within the obvious intendment of the *Federal Court Act* and the *Canadian Human Rights Act* that s. 44 grant jurisdiction to issue an injunction in support of the latter Act. The Federal Court has the power to grant “other relief” in matters before the human rights tribunal, and that fact is not altered merely because Parliament has conferred determination of the merits to an

de toute autre forme de réparation», même s’il incombe à une autre juridiction de statuer sur le fond du litige. Les premiers mots de l’art. 44 n’ont pas pour effet de limiter la portée de cet article. Il ressort de l’énoncé général de l’art. 3 de la *Loi sur la Cour fédérale* sur le statut de la Cour fédérale, qui décrit celle-ci comme «une cour supérieure d’archives ayant compétence en matière civile et pénale», conjugué aux nombreux pouvoirs de surveillance, de contrôle et d’exécution dont elle est investie à l’égard du Tribunal et de maints autres tribunaux, que l’art. 44 est un article attributif de compétence.

La théorie de la compétence inhérente a pour effet de garantir qu’il y aura toujours un tribunal habilité à statuer sur un droit, indépendamment de toute attribution législative de compétence. Le tribunal qui jouit de cette compétence inhérente est la juridiction de droit commun, c’est-à-dire la cour supérieure de la province. Toutefois, rien dans la notion — par ailleurs essentiellement réparatrice — de compétence inhérente ne peut être invoqué pour justifier une interprétation étroite des lois fédérales qui confèrent compétence à la Cour fédérale. La proposition légitime — selon laquelle la situation institutionnelle et constitutionnelle des cours supérieures provinciales justifie de leur reconnaître une compétence résiduelle sur toute matière fédérale en cas de «lacune» dans l’attribution législative des compétences — est entièrement différente de l’argument selon lequel il faut conclure à l’existence d’une «lacune» dans une loi fédérale à moins que le texte de cette loi ne comble explicitement la lacune en question. Comme l’indique clairement le texte de la *Loi sur la Cour fédérale* et le confirme le rôle additionnel qui est confié à cette cour par d’autres lois fédérales, le Parlement a voulu conférer à la Cour fédérale une compétence administrative générale sur les tribunaux administratifs fédéraux. Pour ce qui concerne son rôle de surveillance des décideurs administratifs, les pouvoirs confiés par une loi à la Cour fédérale à cet égard doivent recevoir une interprétation juste et libérale. Lorsqu’une question relève clairement de son rôle de surveillance d’un organisme administratif, ce qui inclut la prise de mesures provisoires visant à régir des différends dont l’issue finale est laissée au décideur administratif concerné, la Cour fédérale peut être considérée comme ayant plénitude de compétence.

Dans le présent cas, il ressort clairement de l’objet de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* que l’art. 44 confère à la Cour fédérale la compétence d’accorder une injonction dans le cadre de l’application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Cour fédérale a le pouvoir d’accorder toute «autre forme de réparation» dans les

expert administrative decision-maker. The decisions and operation of the tribunal are subject to the close scrutiny and control of the Federal Court, including the transformation of the order of the tribunal into an order of the Federal Court. These powers amount to "other relief" for the purposes of s. 44. This statutory jurisdiction is concurrent with the inherent jurisdiction of a provincial superior court. The requirement that there be valid federal law which nourishes the statutory grant of jurisdiction is also met, by s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*.

There is no implied statutory grant of jurisdiction in the *Canadian Human Rights Act*. An injunctive power has only been implied where that power is actually necessary for the administration of the terms of the legislation; coherence, logicity, or desirability are not sufficient. It is not a necessary incident to any of the tribunal's functions or powers that there be an injunctive power to restrain violations of s. 13(1).

In determining whether the exercise of jurisdiction was appropriate, the *Cyanamid* test should not be applied in cases of pure speech. Since there has been a final determination by the human rights tribunal on the substantive issue of the violation of s. 13(1), and an order made by the tribunal which supplants the interlocutory injunction order, the injunction appeal is now moot. It is accordingly not necessary to apply the appropriate principles here.

Per McLachlin and Major JJ. (dissenting): Neither the *Canadian Human Rights Act* nor the *Federal Court Act* gives the Federal Court jurisdiction to issue an injunction in aid of the Canadian Human Rights Commission pending the determination of a complaint by a human rights tribunal. The scheme of the *Canadian Human Rights Act* does not contemplate the Federal Court granting injunctive relief in support of alleged breaches of the Act. The jurisdiction sections of the *Federal Court Act* exhaustively enumerate all cases over which the Federal Court, Trial Division has jurisdiction. None of these provisions grants the Federal Court jurisdiction to issue the injunction sought. Section 25 grants limited original jurisdiction where there is no other

affaires soumises au Tribunal des droits de la personne, et ce pouvoir n'est pas altéré du seul fait que le Parlement a confié à un décideur administratif spécialisé le rôle de statuer sur le fond de ces affaires. Les décisions et le fonctionnement du Tribunal sont assujettis de façon étroite aux pouvoirs de surveillance et de contrôle de la Cour fédérale, y compris son pouvoir de transformer les ordonnances du tribunal en ordonnances de la cour. Ces pouvoirs équivalent à une «autre forme de réparation» pour l'application de l'art. 44. Cette compétence d'origine législative est une compétence concurrente par rapport à la compétence inhérente des cours supérieures des provinces. Le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* permet de satisfaire la condition relative à l'existence d'une règle de droit fédérale constituant le fondement de l'attribution législative de compétence.

Il n'y a pas d'attribution implicite de compétence dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L'existence du pouvoir d'accorder une injonction n'a été inférée que dans les cas où ce pouvoir était vraiment nécessaire à l'application du texte de loi concerné; la cohérence, ainsi que le caractère logique et souhaitable ne suffisent pas. Le pouvoir d'accorder des injonctions pour interdire les violations du par. 13(1) n'est pas un accessoire nécessaire à l'exercice de quelque fonction ou pouvoir du tribunal.

Pour décider si la compétence a été exercée de façon appropriée, le critère établi dans l'arrêt *Cyanamid* ne doit pas être appliqué dans les affaires de liberté d'expression seulement. Le pourvoi relatif à l'injonction est devenu théorique puisque le Tribunal des droits de la personne a rendu une décision définitive sur la question de fond de la violation du par. 13(1) et rendu une ordonnance écartant l'injonction interlocutoire. Il n'est donc pas nécessaire d'appliquer les principes appropriés en l'espèce.

Les juges McLachlin et Major (dissidents): Ni la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ni la *Loi sur la Cour fédérale* ne confèrent à la Cour fédérale le pouvoir de prononcer une injonction en faveur de la Commission des droits de la personne pendant qu'un tribunal des droits de la personne statue sur une plainte. L'économie de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne prévoit pas que la Cour fédérale a le pouvoir d'accorder une injonction dans le cadre d'une plainte pour violation de la Loi. Les articles attributifs de compétence de la *Loi sur la Cour fédérale* énumèrent de façon exhaustive tous les cas relevant de la compétence de la Section de première instance de la Cour fédérale. Aucune de ces dispositions ne confère à la Cour fédérale le pouvoir de

court that can hear the matter, but the provincial superior court has jurisdiction to issue the injunction in question. While concurrent jurisdiction between the Federal Court and provincial superior courts exists in limited circumstances, interpretations that result in concurrent jurisdiction are undesirable as they not only detract from our unitary court system, but inevitably result in forum shopping. With regard to s. 44 of the *Federal Court Act*, the words “[i]n addition to any other relief that the Court may grant or award” indicate that it is an ancillary provision, and does not itself grant jurisdiction to the Federal Court. The Federal Court does not have jurisdiction to hear or determine a complaint based on the *Canadian Human Rights Act*, since that task is exclusively assigned to the Canadian Human Rights Commission.

2. Contempt appeal

Per L’Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.: Liberty Net and Tony McAleer knowingly violated the injunction order and were properly found to be in contempt of court. There was an advertisement for a message which violated the terms of the order, and that advertisement was made in Canada, on the very phone line where the offending messages had formerly been available. The advertisement was made with knowledge of the content of those messages and with knowledge that that content violated the terms of the order. Since the Federal Court had jurisdiction to render the order, the most that can be argued is that the jurisdiction was exercised wrongly. Such an order is neither void nor nugatory, and violation of its terms constitutes contempt of court.

Per McLachlin and Major JJ.: Despite the fact that the injunction was issued without jurisdiction, Liberty Net and Tony McAleer were properly found to be in contempt of court.

Cases Cited

By Bastarache J.

Referred to: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Brotherhood of Maintenance of Way Employees, Cana-*

prononcer l’injonction. L’article 25 n’a pour effet que de conférer une compétence limitée, en première instance, sur les affaires dont aucun autre tribunal ne peut être saisi, mais la cour supérieure de la province a compétence pour prononcer l’injonction en cause. Bien que la Cour fédérale et les cours supérieures des provinces exercent une compétence concurrente dans certaines circonstances limitées, les interprétations reconnaissant l’existence d’une compétence concurrente ne sont pas souhaitables, car non seulement dérogent-elles à notre système judiciaire unitaire, mais elles donnent en plus inévitablement lieu à la recherche d’un tribunal favorable. En ce qui concerne l’art. 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, les mots «[i]ndépendamment de toute autre forme de réparation qu’elle peut accorder» indiquent qu’il s’agit d’une disposition accessoire qui n’est pas elle-même attributive de compétence à la Cour fédérale. Cette dernière n’a pas compétence pour connaître des plaintes fondées sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, car cette tâche est confiée en exclusivité à la Commission canadienne des droits de la personne.

2. Le pourvoi relatif à l’outrage au tribunal

Les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache: Liberty Net et Tony McAleer ont sciemment contrevenu à l’injonction prononcée et ont, à juste titre, été condamnés pour outrage au tribunal. On a annoncé un message contrevenant aux conditions de l’ordonnance, annonce qui a été faite au Canada au moyen de la ligne téléphonique même par laquelle les messages offensants étaient communiqués. Cette annonce a été faite en toute connaissance de la teneur de ces messages et du fait que ceux-ci violaient les conditions de l’ordonnance. Comme la Cour fédérale avait compétence pour rendre l’ordonnance, on pouvait tout au plus prétendre que cette compétence avait été mal exercée. Une telle ordonnance n’est ni nulle ni futile, et toute violation de ses conditions constitue un outrage au tribunal.

Les juges McLachlin et Major: Même si l’injonction a été accordée par une cour incompétente, Liberty Net et Tony McAleer ont à juste titre été condamnés pour outrage au tribunal.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés: *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Fraternité des préposés à l’entretien des*

dian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd., [1996] 2 S.C.R. 495; *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 F.C. 13; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *National Bank of Canada v. Granda* (1984), 60 N.R. 201; *Natural Law Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 1 F.C. 580; *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] A.C. 334; *Siskina (Cargo Owners) v. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *McEvoy v. Attorney General (New Brunswick)*, [1983] 1 S.C.R. 704; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396; *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; *Herbage v. Pressdram Ltd.*, [1984] 1 W.L.R. 1160; *Rapp v. McClelland & Stewart Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 452; *Champagne v. Collège d'enseignement général et professionnel (CEGEP) de Jonquière*, [1997] R.J.Q. 2395; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178.

By McLachlin and Major JJ. (dissenting in part)

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc., [1986] 1 S.C.R. 752; *Brotherhood of Maintenance of Way Employees, Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 495; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 F.C. 13; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1991] 2 F.C. 455; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1; *Board v. Board*, [1919] A.C. 956; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307.

voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée, [1996] 2 R.C.S. 495; *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 C.F. 13; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Banque nationale du Canada c. Granda* (1984), 60 N.R. 201; *Parti de la loi naturelle du Canada c. Société Radio-Canada*, [1994] 1 C.F. 580; *Channel Tunnel Group Ltd. c. Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] A.C. 334; *Siskina (Cargo Owners) c. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *McEvoy c. Procureur général (Nouveau-Brunswick)*, [1983] 1 R.C.S. 704; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *Board c. Board*, [1919] A.C. 956; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396; *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; *Herbage c. Pressdram Ltd.*, [1984] 1 W.L.R. 1160; *Rapp c. McClelland & Stewart Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 452; *Champagne c. Collège d'enseignement général et professionnel (CEGEP) de Jonquière*, [1997] R.J.Q. 2395; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178.

Citée par les juges McLachlin et Major (dissidents en partie)

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc., [1986] 1 R.C.S. 752; *Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*, [1996] 2 R.C.S. 495; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 C.F. 13; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société Radio-Canada*, [1991] 2 C.F. 455; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1; *Board c. Board*, [1919] A.C. 956; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307.

Statutes and Regulations Cited

- Act to amend "The Supreme and Exchequer Courts Act", and to make better provision for the Trial of Claims against the Crown*, S.C. 1887, c. 16.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(b).
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3, 13(1), 57, 58.
- Colonial Courts of Admiralty Act, 1890* (U.K.), 53 & 54 Vict., c. 27.
- Constitution Act, 1867*, ss. 92(14), 96, 101, 129.
- Exchequer Court Amendment Act, 1891*, S.C. 1891, c. 26, s. 4.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 3, 17(6) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 3], 18(1)(a) [rep. & sub. *idem.*, s. 4], 18.1 [ad. *idem.*, s. 5], 23(c), 25, 26, 44.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, r. 469(3).
- Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.
- Supreme and Exchequer Courts Act*, S.C. 1875, c. 11, s. 58.

Authors Cited

- Bushnell, Ian. *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Cromwell, T. A. "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada" (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 1).
- Hogg, Peter W. "Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts" (1981), 30 *U.N.B.L.J.* 9.
- Laskin, Bora. *The British Tradition in Canadian Law*. London: Stevens, 1969.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated December 1997, release 5).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1996] 1 F.C. 804, 192 N.R. 298, 132 D.L.R. (4th) 95, 38 Admin. L.R. (2d) 27, [1996] F.C.J. No. 104 (QL), reversing a decision of Muldoon J., [1992] 3 F.C. 155, 48 F.T.R. 285, 90 D.L.R. (4th) 190, 14 Admin. L.R. (2d) 294, 9 C.R.R. (2d) 330, [1992] F.C.J. No. 207 (QL), granting an interlocutory injunction. Appeal allowed, McLachlin and Major JJ. dissenting.

Lois et règlements cités

- Acte à l'effet de modifier l'Acte des cours Suprême et de l'Échiquier, et d'établir de meilleures dispositions pour l'instruction des réclamations contre la Couronne*, S.C. 1887, ch. 16.
- Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11, art. 58.
- Acte modificatif de la cour de l'Échiquier, 1891*, S.C. 1891, ch. 26, art. 4.
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2b).
- Colonial Courts of Admiralty Act, 1890* (R.-U.), 53 & 54 Vict., ch. 27.
- Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 36.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3, 13(1), 57, 58.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92(14), 96, 101, 129.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 3 [mod. 1993, ch. 34, art. 68], 17(6) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 3], 18(1)a [abr. & rempl. *idem.*, art. 4], 18.1 [aj. *idem.*, art. 5], 23c), 25, 26, 44.
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, r. 469(3).

Doctrine

- Bushnell, Ian. *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Cromwell, T. A. «Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada» (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 1).
- Hogg, Peter W. «Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts» (1981), 30 *R.D.U.N.-B.* 9.
- Laskin, Bora. *The British Tradition in Canadian Law*. London: Stevens, 1969.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated December 1997, release 5).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1996] 1 C.F. 804, 192 N.R. 298, 132 D.L.R. (4th) 95, 38 Admin. L.R. (2d) 27, [1996] A.C.F. n° 104 (QL), qui a infirmé une décision du juge Muldoon, [1992] 3 C.F. 155, 48 F.T.R. 285, 90 D.L.R. (4th) 190, 14 Admin. L.R. (2d) 294, 9 C.R.R. (2d) 330, [1992] A.C.F. n° 207 (QL), accordant une injonction interlocutoire. Pourvoi accueilli, les juges McLachlin et Major sont dissidents.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1996] 1 F.C. 787, 192 N.R. 313, [1996] F.C.J. No. 100 (QL), affirming a finding of contempt by Teitelbaum J., [1992] 3 F.C. 504, 56 F.T.R. 42. Appeal dismissed.

William F. Pentney and Eddie Taylor, for the appellant/respondent the Canadian Human Rights Commission.

Douglas H. Christie, for the respondents/appellants Canadian Liberty Net and Tony McAleer.

David Sgayias, Q.C., and *Brian Saunders*, for the intervener the Attorney General of Canada.

David Matas, for the intervener the League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. was delivered by

BASTARACHE J. — This case raises the issue of the existence and proper exercise of an injunctive power in the Federal Court of Canada in support of federal legislation, the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the “*Human Rights Act*”). As the injunction sought in this case would prohibit speech, it also implicates important issues regarding the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Finally, there is the question of whether a person who violates an injunction can invoke lack of jurisdiction in the granting court, or wrongful exercise of that jurisdiction, as a defence to proceedings in contempt.

Facts

In December 1991, the Canadian Human Rights Commission (the “Commission”) received five complaints regarding telephone messages made available by an organization advertising itself as

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1996] 1 C.F. 787, 192 N.R. 313, [1996] A.C.F. n° 100 (QL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal prononcée par le juge Teitelbaum, [1992] 3 C.F. 504, 56 F.T.R. 42. Pourvoi rejeté.

William F. Pentney et Eddie Taylor, pour l'appelante/intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

Douglas H. Christie, pour les intimés/appellants Canadian Liberty Net et Tony McAleer.

David Sgayias, c.r., et *Brian Saunders*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

David Matas, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne B'Nai Brith Canada.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache rendu par

LE JUGE BASTARACHE — Le présent pourvoi soulève la question de l'existence et de l'exercice approprié du pouvoir de la Cour fédérale d'accorder des injonctions dans le cadre de l'application d'une loi fédérale, en l'occurrence la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la «*Loi sur les droits de la personne*»). Comme l'injonction demandée dans la présente affaire interdirait un certain discours, elle soulève aussi d'importantes questions relatives à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Finalement, se pose la question de savoir si la personne qui désobéit à une injonction peut, en tant que moyen de défense à une poursuite pour outrage au tribunal, invoquer que la cour ayant prononcé l'injonction n'avait pas compétence pour le faire ou qu'elle a mal exercé sa compétence à cet égard.

Les faits

Au mois de décembre 1991, la Commission canadienne des droits de la personne (la «Commission») a reçu cinq plaintes concernant des messages téléphoniques transmis par une organisation

“Canadian Liberty Net”. Callers to the Liberty Net phone number were offered a menu of telephone messages to choose from, by subject area. These messages included denials of the existence or extent of the Holocaust; assertions that non-white “aliens” are importing crime and problems into Canada, and the implicit suggestion that violence could be helpful to “set matters straight”; criticism of an alleged “Kosher tax” on some foods to ensure that some percentage can be certified as Kosher; complaints about the alleged domination of the entertainment industry by Jews; and a number of messages decrying the alleged persecution of well-known leaders of the white supremacist movement. After having investigated the content of the messages, the Commission requested on January 20, 1992 that a Human Rights Tribunal (the “Tribunal”) be empanelled to decide whether these messages were in violation of s. 13(1) of the *Human Rights Act*, which makes it a “discriminatory practice . . . to communicate telephonically . . . any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt . . . on the basis of a prohibited ground of discrimination”. Section 3 of the Act includes race, national or ethnic origin, colour, and religion as prohibited grounds of discrimination.

s’annonçant sous le nom de «Canadian Liberty Net». Les personnes qui composaient le numéro de Liberty Net se faisaient offrir un menu de messages, présentés par sujet. Certains de ces messages niaient l’existence ou l’ampleur de l’Holocauste, affirmaient que les «étrangers» non blancs apportent avec eux au Canada la criminalité et d’autres problèmes, et suggéraient implicitement que le recours à la violence pourrait être utile pour [TRADUCTION] «rectifier la situation». Ils critiquaient une prétendue [TRADUCTION] «taxe kasher» qui serait appliquée pour garantir qu’un pourcentage de certains aliments soit kasher, protestaient contre la prétendue domination de l’industrie du divertissement par les Juifs et s’indignaient de la prétendue persécution de dirigeants bien connus du mouvement d’affirmation de la suprématie blanche. Après avoir fait enquête sur la teneur des messages, la Commission a demandé, le 20 janvier 1992, qu’un tribunal des droits de la personne soit constitué (le «Tribunal») pour décider si les messages contrevenaient au par. 13(1) de la *Loi sur les droits de la personne*, aux termes duquel «[c]onstitue un acte discriminatoire le fait [. . .] d’utiliser ou de faire utiliser un téléphone [. . .] pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d’exposer à la haine ou au mépris des personnes [. . .] sur la base des critères énoncés à l’article 3». Sont compris parmi les motifs de distinction illicite prévus à l’art. 3 la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur et la religion.

³ On January 27, 1992, one week after the request to the Tribunal, the Commission filed an originating notice of motion before the Federal Court of Canada, Trial Division, seeking an injunction, enjoining Liberty Net, including Tony McAleer and any other associates in the Liberty Net organization, from making available any phone messages “that are likely to expose persons to hatred or contempt by reason of the fact that those persons are identifiable on the basis of race, national or ethnic origin, colour or religion”, until a final order of the Tribunal is rendered. On February 5 and 6, the motion was argued, and on March 3, 1992, Muldoon J. granted the injunction sought: [1992] 3 F.C. 155. Upon further submissions of the parties, Muldoon J. varied the content of his order slightly,

Le 27 janvier 1992, une semaine après le dépôt de la demande auprès du Tribunal, la Commission a présenté à la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada un avis de requête introductive d’instance dans lequel elle sollicitait une injonction interdisant à Liberty Net ainsi qu’à Tony McAleer et à toute autre personne associée à l’organisation visée de permettre la communication de messages téléphoniques «susceptibles d’exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable du fait de la race, de l’origine nationale ou ethnique, de la couleur ou de la religion» jusqu’à ce que le Tribunal rende son ordonnance définitive. La requête a été débattue les 5 et 6 février et, le 3 mars 1992, le juge Muldoon a accordé l’injonction demandée: [1992]

although those changes are not germane to any controversy in this appeal.

A Tribunal was empanelled in response to the Commission's request and held hearings for a total of five days in May and August 1992. The panel reserved its decision for more than a year, finally rendering a decision on September 9, 1993. Thus, the injunction order of Muldoon J. was in effect for almost 18 months, from March 3, 1992 until September 9, 1993.

On June 5, 1992, a Commission investigator telephoned the Liberty Net phone number and heard a message referring callers to a new number of the Canadian Liberty Net "in exile" where they could "say exactly what we want without officious criticism and sanction". This new number was rented from a telephone company in the State of Washington, in the United States. Callers to that number then had access to a similar menu of messages as had been available prior to the issuance of Muldoon J.'s order of March 3. Indeed, Liberty Net admitted before the Court of Appeal that some of those messages were specifically covered by the injunction, but they contended that the messages were not in breach of the order because they emanated from a source outside Canada, and thus outside the jurisdiction of the Federal Court.

Issues

Two separate cases heard by the Federal Court have been combined in the appeal now before this Court. One is an appeal from the original order of Muldoon J. as to the issuance of the order (I will refer to this as the "injunction appeal"); the other is an appeal from a finding of contempt of court by Teitelbaum J. ([1992] 3 F.C. 504) arising from the message on the Canadian Liberty Net phone line referring callers to the new number in the United States which contained messages whose content was proscribed by the order (the "contempt appeal"). The injunction appeal divides into two

3 C.F. 155. Après avoir entendu des observations supplémentaires des parties, le juge a modifié quelque peu la teneur de son ordonnance, mais ces changements ne concernent aucune des questions en litige dans le présent pourvoi.

Un tribunal des droits de la personne a été constitué à la suite de la demande de la Commission et a siégé pendant cinq jours en tout, en mai et en août 1992. Le Tribunal a pris l'affaire en délibéré pendant plus d'un an et a finalement rendu sa décision le 9 septembre 1993. L'injonction du juge Muldoon a donc été en vigueur pendant presque 18 mois, soit du 3 mars 1992 au 9 septembre 1993.

Le 5 juin 1992, un enquêteur de la Commission a composé le numéro de Liberty Net et a entendu un message enregistré indiquant que Canadian Liberty Net pouvait être rejoint [TRADUCTION] «en exil» à un nouveau numéro de téléphone, à un endroit où l'organisation pouvait «dire exactement ce qu'elle voulait sans critiques ni sanctions importunes». Ce nouveau numéro était fourni par une entreprise téléphonique de l'État de Washington aux États-Unis. Les personnes composant ce numéro avaient accès à un menu de messages analogues à ceux disponibles avant l'injonction accordée par le juge Muldoon le 3 mars. De fait, Liberty Net a admis, devant la Cour d'appel, que certains de ces messages étaient expressément visés par l'ordonnance, mais a prétendu qu'ils n'enfreignaient pas l'injonction parce qu'ils étaient diffusés de l'extérieur du Canada, donc hors du ressort de la Cour fédérale.

Les questions litigieuses

Deux affaires distinctes entendues par la Cour fédérale ont été réunies dans le cadre du pourvoi devant notre Cour. Dans un cas, il s'agit de l'appel de l'ordonnance initiale du juge Muldoon accordant l'injonction (que je vais appeler le «pourvoi relatif à l'injonction»), dans l'autre, il s'agit de l'appel de la condamnation pour outrage au tribunal prononcée par le juge Teitelbaum ([1992] 3 C.F. 504), découlant du message diffusé au moyen de la ligne téléphonique du Canadian Liberty Net qui invitait les intéressés à composer le nouveau numéro de téléphone aux États-Unis qui donnait

questions: first, did the Federal Court have jurisdiction to issue the injunction? Second, if it did have jurisdiction to issue the injunction, was the issuance of an injunctive order appropriate in this case? The contempt appeal has been inextricably tied to the substance of the injunction appeal by the defendants in this case. The third question before this Court, which arises from the contempt appeal, is: if the injunction was wrongly issued on either basis above, can the defendants be held in contempt of court for breach of the order?

⁷ Strictly speaking, since there has been a final determination by the Human Rights Tribunal on the substantive issue of the violation of s. 13(1), and an order made by the Tribunal which supplants the order of Muldoon J., the injunction appeal is now moot. However, given the manner in which the questions have been presented to this Court, it is impossible to address the contempt issue without addressing to some degree the injunction issue. Since it would be inconvenient and difficult at the outset to distinguish those principles pertaining to the injunction which are necessary to the contempt appeal from those which are not, I propose to articulate those principles as fully as possible given the facts of the case before us, and then turn to the contempt appeal. In my view, this is particularly important since there appears to have been considerable confusion in the courts below in distinguishing the tests for determining the existence of jurisdiction, from the appropriateness of exercising jurisdiction in a particular case. Having once set out and distinguished those principles, however, it is my view that there clearly is no need to apply the principles as to the appropriateness of the injunction in this case, as the contempt appeal in no way turns on that point. That point is undoubt-

accès à des messages dont la teneur était interdite par l'ordonnance (le «pourvoi relatif à l'outrage au tribunal»). Le pourvoi relatif à l'injonction soulève deux questions. Premièrement, la Cour fédérale avait-elle compétence pour accorder l'injonction? Deuxièmement, si elle avait compétence pour accorder l'injonction demandée, était-il approprié d'accorder une injonction en l'espèce? Le pourvoi relatif à l'outrage au tribunal a été inextricablement lié à l'essence du pourvoi relatif à l'injonction par les défendeurs dans la présente affaire. La troisième question que notre Cour doit trancher, qui découle du pourvoi relatif à l'outrage au tribunal, est la suivante: si l'injonction a été accordée à tort pour l'une ou l'autre des raisons susmentionnées, les défendeurs peuvent-ils être condamnés d'outrage au tribunal pour avoir enfreint l'ordonnance?

À strictement parler, le pourvoi relatif à l'injonction est devenu théorique puisque le Tribunal a rendu une décision définitive sur la question de fond de la violation du par. 13(1) et qu'il a rendu une ordonnance écartant celle du juge Muldoon. Toutefois, vu la façon dont les questions ont été soumises à notre Cour, il est impossible d'aborder la question de l'outrage au tribunal sans examiner, dans une certaine mesure, celle de l'injonction. Comme il serait difficile et peu pratique de distinguer dès le départ les principes relatifs à l'injonction qui sont nécessaires à la solution du pourvoi relatif à l'outrage au tribunal de ceux qui ne le sont pas, je me propose d'exposer ces principes de la façon la plus complète possible compte tenu des faits de la présente espèce, et d'examiner ensuite le pourvoi relatif à l'outrage au tribunal. À mon avis, cette démarche est particulièrement importante, car les tribunaux de juridiction inférieure semblent avoir eu beaucoup de mal à distinguer les critères permettant de statuer sur l'existence de la compétence de ceux qui permettent d'apprécier l'opportunité de l'exercice de cette compétence dans une affaire donnée. Cependant, une fois que ces principes auront été énoncés et distingués, je suis d'avis qu'il ne sera pas nécessaire d'appliquer les principes ayant trait à l'opportunité de l'injonction accordée en l'espèce, car le pourvoi relatif à l'ou-

edly moot and I propose to leave the application of those principles to specific facts for another day.

First Question: Does the Federal Court Have Jurisdiction?

Does the Federal Court have jurisdiction to issue an injunction in support of the prohibitions contained in the *Human Rights Act*? The classic statement as to the jurisdiction of the Federal Court in modern jurisprudence was given by McIntyre J. in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 766, who posits three requirements:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

In my view, it is the first of these three conditions which presents the greatest obstacle for the Commission. It attempted to found a statutory grant of jurisdiction on three grounds arising from the interlocking structure of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, and the *Human Rights Act*.

(i) *Section 25 of the Federal Court Act*

25. The Trial Division has original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in any case in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of the laws of Canada if no other court constituted, established or continued under any of the *Constitution Acts, 1867 to 1982* has jurisdiction in respect of that claim or remedy.

Muldoon J. found that no other court had jurisdiction over an interlocutory order giving effect to the *Human Rights Act* (at p. 168) and that this section therefore was a grant of jurisdiction to the Federal

trage au tribunal ne porte aucunement sur cette question, qui a indiscutablement un caractère théorique. Je propose donc de remettre à une affaire ultérieure l'examen de la question de l'application de ces principes à des faits particuliers.

Première question: La Cour fédérale a-t-elle compétence?

La Cour fédérale a-t-elle compétence pour accorder une injonction visant à faire respecter les interdictions énoncées par la *Loi sur les droits de la personne*? C'est dans les motifs du juge McIntyre dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, qu'on trouve dans la jurisprudence contemporaine l'énoncé classique concernant la compétence de la Cour fédérale. Le juge a énuméré trois exigences, à la p. 766:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

À mon avis, c'est la première de ces trois conditions qui présente l'obstacle le plus sérieux pour la Commission. Elle a tenté de fonder l'attribution législative de compétence sur trois motifs découlant de l'interrelation entre la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et la *Loi sur les droits de la personne*.

(i) *L'article 25 de la Loi sur la Cour fédérale*

25. La Section de première instance a compétence, en première instance, dans tous les cas — opposant notamment des administrés — de demande de réparation ou de recours exercé en vertu du droit canadien ne ressortissant pas à un tribunal constitué ou maintenu sous le régime d'une des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*.

Le juge Muldoon a conclu qu'aucun autre tribunal n'avait compétence pour rendre une ordonnance interlocutoire visant à donner effet à la *Loi sur les droits de la personne* (à la p. 168) et que l'article

Court. The Tribunal was not competent to issue an interlocutory, only a final, order. By contrast, Strayer J.A. for the majority of the Court of Appeal ([1996] 1 F.C. 804) engaged in an extensive analysis of the provisions of the *Human Rights Act* and found that Parliament had implicitly intended the scheme of remedies conferred on the Tribunal to be exhaustive. Thus, another court (the Tribunal) had, in fact, been vested with jurisdiction which ousted that of the Federal Court pursuant to s. 25. He also asserted, *obiter*, that a provincial superior court did not have jurisdiction to issue an injunction.

en question attribuait donc compétence à la Cour fédérale. Le Tribunal n'était pas compétent pour rendre des ordonnances interlocutoires, mais seulement des ordonnances finales. Par contraste, le juge Strayer, dans les motifs qu'il a exposés au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel ([1996] 1 C.F. 804), a analysé en profondeur les dispositions de la *Loi sur les droits de la personne*, et a conclu que le Parlement avait implicitement voulu que le Tribunal dispose d'un ensemble exhaustif de mesures réparatrices. Par conséquent, un autre tribunal (le Tribunal) avait, de fait, été investi d'une compétence qui supplantait celle dont dispose la Cour fédérale en vertu de l'art. 25. Le juge Strayer a également affirmé, dans une remarque incidente, qu'une cour supérieure provinciale n'avait pas compétence pour accorder l'injonction.

¹⁰ Before this Court, the appellant abandoned its argument under s. 25. It did so on the basis of this Court's decision in *Brotherhood of Maintenance of Way Employees, Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 495, in which this Court held that a provincial superior court constituted under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, does have authority to issue an injunction in aid of the *Canadian Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, notwithstanding the comprehensiveness of the provisions of that Act. McLachlin J. stated the law succinctly (at paras. 5 and 7):

Devant notre Cour, l'appelante a abandonné son argument fondé sur l'art. 25. Elle a agi ainsi en raison de l'arrêt récent de notre Cour *Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*, [1996] 2 R.C.S. 495, dans lequel la Cour a statué qu'une cour supérieure provinciale créée en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a effectivement compétence pour accorder une injonction pour donner effet au *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, malgré le caractère détaillé des dispositions de ce texte de loi. Le juge McLachlin a présenté succinctement le droit applicable (aux par. 5 et 7):

The governing principle on this issue is that notwithstanding the existence of a comprehensive code for settling labour disputes, where "no adequate alternative remedy exists" the courts retain a residual discretionary power to grant interlocutory relief such as injunctions, a power which flows from the inherent jurisdiction of the courts over interlocutory matters. . . .

Le principe directeur dans le présent litige est celui suivant lequel, nonobstant l'existence d'un code détaillé conçu pour le règlement des conflits de travail, les cours de justice conservent, en «l'absence de tout autre recours», leur pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder un redressement interlocutoire tel que les injonctions, pouvoir qui découle de la compétence inhérente des cours en matière de recours interlocutoires . . .

. . . deference to labour tribunals and exclusivity of jurisdiction to an arbitrator are not inconsistent with a residual jurisdiction in the courts to grant relief unavailable under the statutory labour scheme. There has never been any dispute in this case that the arbitrator and the arbitrator alone is entitled to resolve the dispute between the employer and the employees.

. . . [l]a retenue à l'égard des tribunaux du travail et l'exclusivité des compétences de l'arbitre ne sont pas incompatibles avec la compétence résiduelle des cours de justice pour accorder un redressement qui n'est pas prévu par la loi régissant les relations du travail. Il n'a aucunement été contesté en l'espèce qu'il revient à l'arbitre, et à l'arbitre seul, de régler le conflit entre l'employeur et les employés.

The “courts” to which she refers are the provincial superior courts, and, in that case, the British Columbia Supreme Court “in the exercise of its inherent jurisdiction” (at para. 6). The features of the *Canada Labour Code* in issue in the *Brotherhood* case are in all salient respects identical to the features of the *Human Rights Act*: an administrative tribunal vested with power of final determination of claims brought under an Act; absence of reference to injunctive relief in the Act; and a tailored scheme of other remedies which was held not to implicitly preclude the existence of an injunctive remedy. The appellant concluded that those facts were applicable to the case at bar, and that, therefore, there was an “other court” which had jurisdiction which precluded the operation of s. 25.

Section 25 was not before the Court in *Brotherhood*, and the relationship between that section and the inherent jurisdiction of a provincial superior court was not the object of that decision. The appellant’s concession before us relates to this relationship. Given my findings below as to the proper interpretation of s. 44 of the *Federal Court Act*, and in the absence of argument by the parties on this point, I prefer to exercise caution and refrain from expressing any opinion on this issue.

(ii) *Implied Grant in the Human Rights Act*

The Commission urged *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442, upon us for the proposition that there need not be an express grant of authority for jurisdiction to be found in the provisions of a federal Act. But in that case, there was a clear statutory grant of jurisdiction under the *Federal Court Act* and the issue being decided by this Court, to use the language adopted in *ITO*, *supra*, was whether the cause of action was nourished by existing federal law. The principles in that case are

Les «cours de justice» auxquelles le juge McLachlin fait allusion sont les cours supérieures des provinces et, dans l’affaire en question, la Cour suprême de la Colombie-Britannique «[dans l’exercice] de sa compétence inhérente» (au par. 6). Les caractéristiques du *Code canadien du travail* en litige dans l’arrêt *Fraternité* sont, dans leurs principaux aspects, identiques à celles de la *Loi sur les droits de la personne*: un tribunal administratif investi du pouvoir de statuer de façon définitive sur les demandes présentées en vertu d’une loi; l’absence de mention de l’existence d’un recours en injonction dans la loi; un ensemble structuré d’autres recours, qui a été jugé comme n’ayant pas pour effet d’écarter implicitement l’existence du recours en injonction. L’appelante a conclu que ces éléments étaient présents en l’espèce et que, par conséquent, il y avait un «autre tribunal» possédant une compétence faisant obstacle à l’application de l’art. 25.

L’article 25 n’a pas été invoqué devant notre Cour dans l’affaire *Fraternité*, et le rapport entre cet article et la compétence inhérente des cours supérieures des provinces n’était pas l’objet de cet arrêt. La concession faite par l’appelante devant nous concerne ce rapport. Compte tenu des conclusions que je tire plus loin relativement à l’interprétation qu’il faut donner à l’art. 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et en l’absence d’argumentation par les parties sur ce point, je préfère faire montre de prudence et m’abstenir d’exprimer quelque opinion à cet égard.

(ii) *L’attribution implicite dans la Loi sur les droits de la personne*

Devant nous, la Commission a invoqué l’arrêt *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442, au soutien de l’argument selon lequel il n’est pas nécessaire, pour qu’une compétence existe en vertu d’une loi fédérale, que le texte de cette loi l’attribue expressément. Toutefois, dans cette affaire, la *Loi sur la Cour fédérale* attribuait clairement compétence, et la question à trancher était celle de savoir si la cause d’action tirait son fondement du droit fédéral existant, pour paraphraser l’arrêt *ITO*, précité. Les

not applicable to the question of whether there is an implied statutory grant.

13 Although Muldoon J. did not consider the question of implied statutory grant in the *Human Rights Act*, Strayer J.A. devotes a significant part of his analysis to this question. He draws upon remarks by Dickson C.J. in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 924, as to the “conciliatory nature” of the procedures under the Act, whose objective is “to encourage reform of the communicator of hate propaganda”. Dickson C.J. is also quoted as observing that “s. 13(1) plays a minimal role in the imposition of moral, financial or incarcerating sanctions, the primary goal being to act directly for the benefit of those likely to be exposed to the harms caused by hate propaganda” (p. 940). Strayer J.A. asserts (at p. 822) that:

The result in the Supreme Court, I believe, demonstrates the reason for the very cautious approach taken by Parliament in section 13 to remedy telephone hate messages within the context of the remedial provisions of the *Canadian Human Rights Act*. It also militates against there being an implied authority for the courts to issue interlocutory orders to stop communications prior to a full hearing by a tribunal. . . . The violation of an injunction based on such evidence involves criminal sanctions, something not contemplated by the Act until a full hearing by a tribunal, its determination of a violation of subsection 13(1), the issue of the prohibitory order, and the violation of that order.

14 With respect, this reasoning suffers from two flaws. First, the concerns expressed in the passage above could be dealt with in the context of the criteria for determining the appropriateness of issuing an injunction. A stringent test for the issuance of an injunction would satisfy Strayer J.A.’s concern that the constitutional constraints on the exercise of judicial power under s. 13(1) be respected. In my view, assuming that these concerns affect an implied jurisdiction is to mistake the question of

principes formulés dans l’arrêt *Rhine* ne s’appliquent donc pas lorsqu’il s’agit de statuer sur l’existence d’une attribution implicite de compétence.

Même si le juge Muldoon n’a pas examiné la question de l’attribution implicite de compétence dans la *Loi sur les droits de la personne*, le juge Strayer y consacre une partie importante de son analyse. Il s’inspire des commentaires faits par le juge en chef Dickson dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, à la p. 924, au sujet de la «nature conciliatoire» de la procédure prévue par la Loi, dont l’objectif est d’«encourager le diffuseur de propagande haineuse à s’amender». Il cite également les observations suivantes du juge en chef Dickson: «le par. 13(1) a peu d’effet sur l’imposition de sanctions morales, financières ou d’incarcération, son but premier étant de profiter directement à ceux qui sont susceptibles d’être exposés aux maux de la propagande haineuse» (p. 940). Le juge Strayer affirme ceci (aux pp. 822 et 823):

L’arrêt de la Cour suprême explique, à mon avis, la raison qui sous-tend l’approche très prudente du Parlement à l’égard de l’article 13 en vue de remédier aux messages haineux dans le contexte des dispositions réparatrices de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il écarte aussi toute idée voulant que la Cour ait implicitement le pouvoir de décerner des injonctions interlocutoires pour mettre fin aux communications incriminées avant qu’un tribunal administratif n’ait pleinement entendu la cause. [. . .] La violation d’une injonction fondée sur pareil témoignage entraîne des sanctions pénales, ce que la Loi n’envisage pas avant qu’un tribunal n’ait pleinement entendu la cause et constaté l’infraction au paragraphe 13(1), l’émission de l’ordonnance d’interdiction et la violation de celle-ci.

Avec égards, ce raisonnement comporte deux lacunes. Premièrement, il serait possible de tenir compte des préoccupations exprimées dans cet extrait dans les critères servant à décider de l’opportunité d’accorder l’injonction. L’application d’un test rigoureux permettrait de dissiper le souci exprimé par le juge Strayer quant au respect des garanties constitutionnelles dans le cadre de l’exercice du pouvoir judiciaire prévu au par. 13(1). Je suis d’avis que le fait de supposer que ces préoccu-

appropriateness of exercising, for the existence, of the injunctive power.

Second, Strayer J.A. does not indicate the criteria which he considers necessary for a finding of implied jurisdiction. The intervener Attorney General of Canada advocated a relatively flexible and fluid approach to determining whether jurisdiction should be implied from the provisions of federal legislation, and suggested that the *Human Rights Act* contained such an implied jurisdiction. Indeed, although Strayer J.A. finds against Federal Court jurisdiction in this case, his methodology actually lends support to the idea of a relatively fluid approach to implied jurisdiction.

In my opinion, the standard for finding an implied power in the existing jurisprudence is actually much more stringent. An injunctive power has only been implied where that power is actually necessary for the administration of the terms of the legislation; coherence, logicality, or desirability are not sufficient. The Attorney General cited two cases: *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 F.C. 13, and *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854. In the latter case, the implied “jurisdiction” referred not to remedy, but rather to whether the Human Rights Commission had the power to make determinations as to the constitutionality of its own constitutive statute. In considering that question, La Forest J., at para. 59, stated that “[i]n such an endeavour practical considerations may be of assistance in determining the intention of Parliament, but they are not determinative”. But the “endeavour” in that case was not the addition of remedies to those spelled out in an Act, but rather the standard of review exercisable by a court over an administrative body. Reading a remedial power into a statute is of an entirely different nature than attempting to determine legislative intent as to the proper standard of review and

pations ont une incidence sur la question de la compétence implicite procède d’une confusion entre la question de l’opportunité de l’exercice du pouvoir d’accorder une injonction et celle de l’existence de ce pouvoir.

Deuxièmement, le juge Strayer ne mentionne pas les facteurs qu’il considère nécessaires pour conclure à l’existence d’une compétence implicite. Le procureur général du Canada intervenant a préconisé une démarche relativement souple pour décider si l’existence d’une compétence implicite doit être dégagée des dispositions d’un texte de loi fédéral, et il a suggéré que la *Loi sur les droits de la personne* comporte une telle compétence implicite. De fait, même si le juge Strayer a conclu à l’absence de compétence de la Cour fédérale dans le présent cas, la méthodologie qu’il a suivie étaye en fait l’idée de l’application d’une démarche relativement souple à la question de la compétence implicite.

Je suis d’avis que la norme appliquée dans la jurisprudence actuelle pour statuer sur l’existence d’une compétence implicite est en réalité beaucoup plus rigoureuse. L’existence du pouvoir d’accorder une injonction n’a été inférée que dans les cas où ce pouvoir était vraiment nécessaire à l’application du texte de loi concerné; la cohérence, ainsi que le caractère logique et souhaitable ne suffisent pas. Le procureur général a cité deux affaires: *Commission d’énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 C.F. 13, et *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854. Dans ce dernier arrêt, la question de la «compétence» implicite concernait non pas l’existence d’un recours mais plutôt l’existence du pouvoir de la Commission des droits de la personne de statuer sur la constitutionnalité de sa propre loi constitutive. Analysant cette question, le juge La Forest a écrit, au par. 59, que «[c]es considérations [d’ordre pratique] peuvent, dans un tel examen, servir à mettre en lumière l’intention du législateur, mais elles ne sont pas déterminantes». Toutefois, dans cet arrêt, cet «examen» ne visait pas l’ajout de recours à ceux déjà énumérés dans une loi, mais plutôt l’établissement de la norme de contrôle applicable par une cour de justice à

relative competence to decide constitutionality as between an administrative body and a court. In the latter case, the function must be exercised by one or the other institution, whereas in the former, the issue is whether the power exists at all where the Act is silent. Attempting to use the rules of implicit legislative intent in one case should not be automatically inferred for the other case.

l'égard des décisions d'un organisme administratif. L'ajout, par voie d'interprétation législative, d'un pouvoir de réparation dans une loi diffère radicalement de la détermination de l'intention du législateur quant à la norme de contrôle applicable et quant à la compétence respective d'une cour de justice et d'un organisme administratif de statuer sur la constitutionnalité de dispositions législatives. Dans le dernier cas, la fonction doit être exercée par l'une ou de l'autre des institutions, alors que, dans le premier, la question qui se pose est celle de savoir si le pouvoir lui-même existe lorsque la loi est muette à cet égard. Il ne faut pas inférer du fait que les règles visant à établir l'intention implicite du législateur ont été utilisées dans un cas qu'elles s'appliquent automatiquement dans l'autre.

¹⁷ The leading Federal Court authority on "implied" remedial jurisdiction suggests that far more conservative interpretative principles apply. In *New Brunswick Electric Power, supra* (per Stone J.A., Mahoney and Ryan J.J.A. concurring), the Federal Court of Appeal found that there was an implied right to issue a stay of execution of an order of the National Energy Board pending the disposition of an appeal where there was a statutory right of appeal. Quoting from an *obiter* remark of Pratte J.A. in *National Bank of Canada v. Granda* (1984), 60 N.R. 201, at p. 202, the court observed (at p. 27):

L'arrêt de la Cour fédérale faisant autorité en matière de pouvoir «implicite» de réparation tend à indiquer que des principes d'interprétation beaucoup plus modérés s'appliquent. La Cour d'appel fédérale a conclu, dans *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, précité (motifs du juge Stone, auxquels ont souscrit les juges Mahoney et Ryan), à l'existence du droit implicite d'ordonner qu'il soit sursis à l'exécution d'une ordonnance de l'Office national de l'énergie en attendant l'issue d'un appel, lorsqu'un droit d'appel était prévu par la loi. La cour (à la p. 27) a cité les remarques incidentes suivantes formulées par le juge Pratte dans *Banque nationale du Canada c. Granda* (1984), 60 N.R. 201, à la p. 202:

It is clear that those provisions do not expressly confer on the court a power to stay the execution of decisions which it is asked to review. However, it could be argued that Parliament has conferred this power on the court by implication, in so far as the existence and exercise of the power are necessary for the court to fully exercise the jurisdiction expressly conferred on it by s. 28. In my opinion, this is the only possible source of any power the Court of Appeal may have to order a stay in the execution of a decision which is the subject of an appeal under s. 28. It follows logically that, if the court can order a stay in the execution of such decisions, it can only do so in the rare cases in which the exercise of this

Il est clair que ces textes n'accordent pas expressément à la Cour le pouvoir de suspendre l'exécution des décisions qu'on lui demande de réviser. On peut prétendre, cependant, que le Parlement a conféré ce pouvoir à la Cour de façon implicite dans la mesure où l'existence et l'exercice de ce pouvoir sont nécessaires pour que la Cour puisse pleinement exercer la compétence que l'article 28 lui confère de façon expresse. Telle est, à mon sens, la seule source possible de pouvoir qu'aurait la Cour d'appel d'ordonner que l'on sursoie à l'exécution d'une décision faisant l'objet d'un pourvoi en vertu de l'article 28. Il s'ensuit logiquement que si la Cour peut ordonner que l'on sursoie à l'exécution de pareilles décisions, elle ne peut le faire que dans les rares cas où l'exercice de ce pouvoir est nécessaire pour lui permet-

power is necessary to allow it to exercise the jurisdiction conferred on it by s. 28. [Emphasis added.]

In that case, failure to order a stay would have rendered the provision for the appeal nugatory. To a similar effect, and in contrast to the position of a court of inherent jurisdiction, the following observations were made in *Natural Law Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 1 F.C. 580 (T.D.) (*per* McKeown J.), at pp. 583-84:

There is no provision in the *Broadcasting Act* for providing relief on an expedited basis, but this does not mean that the Federal Court of Canada can obtain jurisdiction. Section 23 of the *Federal Court Act* . . . limits the jurisdiction of the Federal Court to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned. Since the *Broadcasting Act* has assigned jurisdiction to the CRTC, I do not have jurisdiction.

This Court is a statutory court. I am unable to rely on the inherent jurisdiction of other superior courts as was the case in *Green Party Political Assn. of British Columbia v. Canadian Broadcasting Corp. (CBC)* . . . where Collver J. accepted jurisdiction. Collver J. was a Judge of the Supreme Court of British Columbia, which is not a statutory court. There is no gap in the jurisdiction.

Because s. 23 of the *Federal Court Act* referred the question of jurisdiction to the *Broadcasting Act*, the Court looked primarily to that Act as the foundation for its jurisdiction. Distinguishing his position from that of a court of inherent jurisdiction, McKeown J. refused to read that Act liberally to imply a power, even though he recognized that an inherent jurisdiction court might do so. Subject to what I have to say below about the operation of s. 44, this decision also indicates that “gaps” within federal legislation may only be filled where such a power is a necessary incident to the discharge of the scheme of the Act as constituted.

tre d'exercer la compétence que lui confère l'article 28. [Je souligne.]

Dans cette affaire, le fait de ne pas ordonner le sursis d'exécution aurait rendu futiles les dispositions autorisant l'appel. Au même effet, et par contraste avec la situation d'un tribunal possédant une compétence inhérente, les observations suivantes ont été formulées dans *Parti de la loi naturelle du Canada c. Société Radio-Canada*, [1994] 1 C.F. 580 (1^{re} inst.) (le juge McKeown), aux pp. 583 et 584:

Celle-ci [la *Loi sur la radiodiffusion*] ne renferme aucune disposition permettant d'obtenir un redressement de manière urgente. Il ne s'ensuit cependant pas que la Cour fédérale du Canada a compétence à cet égard. L'article 23 de la *Loi sur la Cour fédérale* [. . .] prévoit que la Cour fédérale peut connaître d'une demande, sauf attribution spéciale de compétence par ailleurs. Comme la *Loi sur la radiodiffusion* attribue la compétence au CRTC, la présente requête n'est pas du ressort de la Cour.

La Cour est un tribunal créé par une loi. Je ne peux me fonder sur la compétence inhérente des autres cours supérieures comme dans *Green Party Political Assn. of British Columbia v. Canadian Broadcasting Corp. (CBC)* [. . .], où le juge Collver conclut à la compétence du tribunal. Il s'agissait en l'occurrence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, laquelle n'est pas un tribunal créé par une loi. Sa compétence ne faisait donc aucun doute.

Puisque l'art. 23 de la *Loi sur la Cour fédérale* renvoyait à la *Loi sur la radiodiffusion* pour la question de la compétence, la cour s'est attachée principalement à cette loi comme fondement de sa compétence. Faisant une distinction entre la situation de la cour et celle d'un tribunal possédant une compétence inhérente, le juge McKeown a refusé d'interpréter largement cette loi et d'en inférer l'existence d'une compétence implicite, même s'il a reconnu qu'un tribunal possédant une compétence inhérente aurait pu le faire. Sous réserve des propos qui suivront au sujet de l'application de l'art. 44, cette décision indique également qu'il n'est possible de combler une «lacune» dans un texte de loi fédéral que dans les cas où le pouvoir en question est nécessaire pour donner effet au régime établi par cette loi.

18

The scheme of the *Human Rights Act* does not come close to that. It is not a necessary incident to any of the Tribunal's functions or powers that there be an injunctive power to restrain violations of s. 13(1). The existence of a "gap" in the range of remedies available in the Act itself does not mean that Parliament intended the Federal Court to have the power to issue an injunction. The Act could just as easily be read to mean that Parliament intended the "gap" to exist. Under these circumstances, it is inappropriate to engage in an extensive analysis of what is desirable to carry out the aims of the Act. The threshold test was precisely stated by Stone J.A. in *New Brunswick Electric Power, supra*, at p. 27:

These observations bring into focus the absurdity that could result if, pending an appeal, operation of the order appealed from rendered it nugatory. Our appellate mandate would then become futile and be reduced to mere words lacking in practical substance. . . . The appeal process would be stifled. It would not, as it should, hold out the possibility of redress to a party invoking it. This Court could not, as was intended, render an effective result.

It cannot be said that the other remedies contained in the *Human Rights Act* would be rendered "nugatory" in the absence of an injunctive power in the Federal Court. Failing that, no such power can be implied into the scheme of the Act.

(iii) *Section 44 of the Federal Court Act*

19

Section 44 states:

44. In addition to any other relief that the Court may grant or award, a *mandamus*, injunction or order for specific performance may be granted or a receiver appointed by the Court in all cases in which it appears to the Court to be just or convenient to do so, and any such order may be made either unconditionally or on such terms and conditions as the Court deems just.

A number of other sections of the *Federal Court Act* and *Human Rights Act* are helpful in understanding the ambit of this section. First, there are

C'est loin d'être le cas en ce qui concerne le régime établi par la *Loi sur les droits de la personne*. Le pouvoir d'accorder des injonctions pour interdire les violations du par. 13(1) n'est pas un accessoire nécessaire à l'exercice de quelque fonction ou pouvoir du Tribunal. Qu'une «lacune» existe dans l'éventail des recours prévus par la Loi elle-même ne veut pas dire que le législateur voulait que la Cour fédérale soit investie du pouvoir d'accorder des injonctions. On pourrait tout aussi facilement considérer que le législateur entendait que la Loi comporte cette «lacune». Dans ces circonstances, il ne convient pas de procéder à une analyse fouillée pour déterminer ce qui serait souhaitable en vue de réaliser les objectifs de la Loi. Le juge Stone a formulé de façon précise le critère préliminaire applicable dans l'arrêt *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, précité, à la p. 27:

Ces observations montrent l'absurdité qui résulterait si, pendant un appel, l'exécution de l'ordonnance contestée rendait celui-ci inopérant. Notre compétence en tant que cour d'appel serait alors futile et réduite à de simples mots vides de sens. [. . .] Le processus d'appel serait entravé. Il ne pourrait offrir, comme il le devrait, la possibilité d'un redressement à qui l'invoquerait. Ainsi la Cour serait incapable, contrairement à son objet, de résoudre véritablement un litige.

Il est impossible d'affirmer que les autres recours prévus par la *Loi sur les droits de la personne* deviendraient «futiles» si la Cour fédérale ne jouissait pas du pouvoir de prononcer des injonctions. Par conséquent, l'existence d'un tel pouvoir ne peut être inférée dans le régime établi par la Loi.

(iii) *L'article 44 de la Loi sur la Cour fédérale*

L'article 44 est ainsi rédigé:

44. Indépendamment de toute autre forme de réparation qu'elle peut accorder, la Cour peut, dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire, décerner un *mandamus*, une injonction ou une ordonnance d'exécution intégrale, ou nommer un séquestre, soit sans condition soit selon les modalités qu'elle juge équitables.

Un certain nombre d'autres dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi sur les droits de la personne* sont utiles pour comprendre la portée de

those sections setting out the purposes of the Act relevant to this appeal:

Human Rights Act

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

13. (1) It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.

Second, there are descriptions of the general status and purpose of the Federal Court:

Federal Court Act

3. The court of law, equity and admiralty in and for Canada now existing under the name of the Federal Court of Canada is hereby continued as an additional court for the better administration of the laws of Canada and shall continue to be a superior court of record having civil and criminal jurisdiction.

Constitution Act, 1867

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

cet article. Il y a, premièrement, les dispositions qui énoncent les objets de la *Loi sur les droits de la personne* pertinents dans le cadre du présent pourvoi:

Loi sur les droits de la personne

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3.

Deuxièmement, il y a les dispositions qui définissent de façon générale le statut et le mandat de la Cour fédérale:

Loi sur la Cour fédérale

3. Tribunal de droit, d'équité et d'amirauté du Canada, la Cour fédérale du Canada est maintenue à titre de tribunal additionnel propre à améliorer l'application du droit canadien. Elle continue d'être une cour supérieure d'archives ayant compétence en matière civile et pénale.

Loi constitutionnelle de 1867

101. Nonobstant toute disposition de la présente loi, le Parlement du Canada pourra, de temps à autre, prévoir la constitution, le maintien et l'organisation d'une cour générale d'appel pour le Canada, ainsi que l'établissement d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada.

Third, there are a number of sections of both Acts which describe the powers and relationship between the Federal Court and the *Human Rights Act* adjudication scheme:

Human Rights Act

57. Any order of a Tribunal . . . may, for the purpose of enforcement, be made an order of the Federal Court by following the usual practice and procedure or, in lieu thereof, by the Commission filing in the Registry of the Court a copy of the order certified to be a true copy, and thereupon that order becomes an order of the Court.

58. (1) Where any investigator or Tribunal requires the disclosure of any information and a minister of the Crown or any other person interested objects to its disclosure, the Commission may apply to the Federal Court for a determination of the matter.

Federal Court Act

17. . . .

(6) Where an Act of Parliament confers jurisdiction in respect of a matter on a court constituted or established by or under a law of a province, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of the same matter unless the Act expressly confers that jurisdiction on the Court.

18. (1) Subject to section 28 [having to do with the original jurisdiction of the Federal Court of Appeal], the Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal. . . .

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

. . . .

(3) On an application for judicial review, the Trial Division may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

Troisièmement, les deux lois comptent un certain nombre de dispositions qui décrivent les pouvoirs de la Cour fédérale et l'interrelation entre cette cour et la fonction juridictionnelle prévue par la *Loi sur les droits de la personne*:

Loi sur les droits de la personne

57. Aux fins de leur exécution, les ordonnances [. . .] peuvent, selon la procédure habituelle ou dès que la Commission en dépose au greffe de la Cour fédérale une copie certifiée conforme, être assimilées aux ordonnances rendues par celle-ci.

58. (1) Dans les cas où un ministre fédéral ou une autre personne intéressée s'oppose à la divulgation de renseignements demandée par l'enquêteur ou le tribunal, la Commission peut demander à la Cour fédérale de statuer sur la question.

Loi sur la Cour fédérale

17. . . .

(6) La Section de première instance n'a pas compétence dans les cas où une loi fédérale donne compétence à un tribunal constitué ou maintenu sous le régime d'une loi provinciale sans prévoir expressément la compétence de la Cour fédérale.

18. (1) Sous réserve de l'article 28 [qui concerne la compétence originale de la Cour d'appel fédérale], la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

. . . .

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut:

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

The principal objection to s. 44 as a source of jurisdiction to issue an injunction is that there is no “other relief that the Court may grant or award” in this case. This objection has two versions. The first version is that the words used in s. 44 cannot support the exercise of a “free-standing” injunction — that is, an injunction granted where there is no action pending before the court as to the final resolution of the merits of the claim. This objection does not relate to the status of the Federal Court as distinguished from provincial superior courts; rather, it asserts that words akin to s. 44 as applied to any court could not support a free-standing injunction, but only an interlocutory injunction pending the determination before that court of the cause of action. The objection arises out of a controversy to this effect in English law which has now been resolved by the recent decision of the House of Lords in *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] A.C. 334. In that case, the issue was whether an English court had jurisdiction to grant an injunction where it was likely (although not certain) that an arbitral body had jurisdiction over the final determination of the dispute. In commenting on a previous case, *Siskina (Cargo Owners) v. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210 (H.L.), which appeared to suggest that there was no such jurisdiction, Lord Browne-Wilkinson stated (at pp. 342-43) that:

I can see nothing in the language employed by Lord Diplock (or in later cases in this House commenting on *The Siskina*) which suggest that a court has to be satisfied, at the time it grants interlocutory relief, that the final order, if any, will be made by an English court. . . .

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

La principale objection opposée au recours à l'art. 44 comme fondement du pouvoir d'accorder des injonctions est qu'il n'existe pas, en l'espèce, d'«autre forme de réparation qu[e la Cour fédérale] peut accorder». Cette objection est formulée de deux façons. Selon la première, le libellé de l'art. 44 n'étaye pas l'exercice du pouvoir d'accorder une injonction «autonome» — c'est-à-dire une injonction accordée sans que la cour soit saisie d'une action à l'égard de laquelle elle est appelée à trancher définitivement quant au fond. Cette objection ne concerne pas le statut de la Cour fédérale par rapport aux cours supérieures provinciales. Elle revient plutôt à dire que, appliqués à quelque tribunal que ce soit, des mots analogues à ceux utilisés à l'art. 44 ne peuvent autoriser une injonction autonome, mais uniquement une injonction interlocutoire applicable jusqu'à ce que le tribunal concerné ait statué sur la cause d'action. L'objection découle d'une controverse à ce sujet en droit anglais, qui vient d'être réglée par l'arrêt récent de la Chambre des lords *Channel Tunnel Group Ltd. c. Balfour Beatty Construction Ltd.*, [1993] A.C. 334. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si un tribunal anglais avait compétence pour accorder une injonction, dans les cas où il était vraisemblable (mais non certain) que la décision finale à l'égard du différend ressortait à la compétence d'un organisme arbitral. Commentant un arrêt antérieur, *Siskina (Cargo Owners) c. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210 (H.L.), qui semblait indiquer que cette compétence n'existait pas, lord Browne-Wilkinson a déclaré ceci (aux pp. 342 et 343):

[TRADUCTION] Je ne vois rien dans les termes utilisés par lord Diplock (ou dans les arrêts de notre Chambre commentant l'arrêt *Siskina*) qui tende à indiquer qu'une cour doit être convaincue, au moment où elle accorde un redressement interlocutoire, que l'ordonnance définitive sera rendue, le cas échéant, par une cour d'Angleterre . . .

Even applying the test laid down by *The Siskina* the court has power to grant interlocutory relief based on a cause of action recognised by English law against a defendant duly served where such relief is ancillary to a final order whether to be granted by an English court or by some other court or arbitral body.

That approach has now been adopted by this Court in the *Brotherhood* case already mentioned, where McLachlin J. comments (at para. 16):

Canadian courts since *Channel Tunnel* have applied it for the proposition that the courts have jurisdiction to grant an injunction where there is a justiciable right, wherever that right may fall to be determined. . . . This accords with the more general recognition throughout Canada that the court may grant interim relief where final relief will be granted in another forum. . . .

The wording of the clause granting jurisdiction to the Supreme Court of British Columbia in *Brotherhood* was virtually identical to that in effect in England at the time of *The Siskina*, *supra*. The *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, states:

36. A mandamus or an injunction may be granted or a receiver or receiver manager appointed by an interlocutory order of the court in all cases in which it appears to the court to be just or convenient that the order should be made, and the order may be made either unconditionally or on terms and conditions the court thinks just. . . .

By virtue of this decision, there is now no doubt that the power of a court of inherent jurisdiction to award injunctive relief extends to disputes even in the event that the substance of the dispute falls to be determined by another decision-maker. Based on the principles articulated in *Brotherhood*, it is clear that if this injunction had been sought before the Supreme Court of British Columbia, that court could have granted the order.

21

This brings us to the more difficult version of the objection mentioned above. Section 44 uses the words “[i]n addition to any other relief that the

Même en appliquant le critère exposé dans l’arrêt *Siskina*, la cour a le pouvoir d’accorder un redressement interlocutoire en rapport avec une cause d’action reconnue par le droit anglais, contre le défendeur à l’égard de qui il y a eu signification régulière, lorsque ce redressement est accessoire à une ordonnance définitive, que cette dernière soit rendue par une cour d’Angleterre ou toute autre cour ou instance arbitrale.

Cette approche a été adoptée par notre Cour dans l’arrêt *Fraternité*, précité, où le juge McLachlin a fait les commentaires suivants (au par. 16):

Depuis, les cours canadiennes ont appliqué l’arrêt *Channel Tunnel* comme signifiant que les cours ont compétence pour décerner une injonction lorsqu’il y a une question justiciable, peu importe le ressort qui éventuellement la tranchera [. . .] Cela concorde avec la reconnaissance plus générale dans tout le Canada selon laquelle une cour de justice peut accorder un redressement provisoire même si le redressement définitif sera accordé par un autre tribunal . . .

Dans l’affaire *Fraternité*, le texte de la disposition qui attribuait compétence à la Cour suprême de la Colombie-Britannique était virtuellement identique à celui en vigueur en Angleterre au moment de l’arrêt *Siskina*, précité. La disposition pertinente de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, est ainsi rédigée:

[TRADUCTION] 36. La cour peut, dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire, accorder un bref de mandamus ou une injonction, ou nommer un séquestre ou séquestre gérant, par ordonnance interlocutoire, soit sans condition, soit selon les modalités qu’elle juge équitables . . .

En raison de cette décision, il ne fait plus maintenant aucun doute que le pouvoir qu’a un tribunal possédant une compétence inhérente d’accorder des injonctions lui permet de le faire même s’il incombe à une autre juridiction de statuer sur le fond du litige. Conformément aux principes exposés dans l’arrêt *Fraternité*, il est clair que si l’injonction qui nous intéresse avait été demandée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, cette dernière aurait pu l’accorder.

Cela nous amène à la seconde version, plus épineuse, de l’objection susmentionnée. On utilise, à l’art. 44, les mots «[i]ndépendamment de toute

Court may grant or award". The plain words might be interpreted in two quite divergent ways. The Commission contends that "in addition to" means simply "separate and apart from" any other relief which the Federal Court may grant or award. Rather than a clause of limitation, it is said to be an introductory clause to a power-conferring section which is, in all purposes and effects, identical to s. 36 of the *Law and Equity Act*. By contrast, the words "in addition to" might be read as a clause of limitation, which creates an injunctive power only "ancillary to" other remedies which the court could award. Since no other relief may be issued by the Federal Court at the interlocutory stage, it is argued, no injunction is authorized by this section. The idea that there is "other relief" conferred on the court under the interlocking scheme of the *Human Rights Act* and the *Federal Court Act* is rejected, largely on the basis of a strict reading of s. 44. I would add that even if we adopt the "ancillary to" interpretation favoured by the respondents, a liberal approach to those words could favour an interpretation of the various powers of supervision over the Human Rights Tribunal as orders "ancillary to" which an injunctive order could be issued under s. 44.

I should say at the outset that I find that both the interpretations which favour a grant of jurisdiction, and that which does not, are plausible on the face of the section. When confronting an interpretative challenge such as this, it is necessary to examine the entire Act in question in order to determine its intent, and to determine whether the language of the Act can support distinguishing this case from *Brotherhood*. The respondents contend that a reading which denies jurisdiction to grant the injunctive remedy is justified by the Federal Court's status as a mere "statutory court", which requires grants of jurisdiction to be read narrowly. By contrast, the Supreme Court of British Columbia is a superior court of inherent jurisdic-

autre forme de réparation qu[la Cour fédérale] peut accorder». Il est possible de donner à ces mots ordinaires deux interprétations assez divergentes. La Commission prétend qu'«indépendamment» signifie simplement «en outre» des autres redressements que la Cour fédérale peut accorder. Ces mots n'ont pas pour effet de limiter la portée de l'article, affirme-t-on, mais plutôt d'introduire une disposition attributive de compétence qui, à toutes fins utiles, est identique à l'art. 36 de la *Law and Equity Act*. À l'opposé, il est également possible de considérer le mot «indépendamment» comme une disposition limitative, créant le pouvoir de prononcer des injonctions, mais uniquement à titre «accessoire» aux autres redressements que la cour peut accorder. Comme la Cour fédérale ne peut accorder aucun autre redressement au stade interlocutoire, cette disposition n'autorise pas d'injonction. L'idée que l'interrelation entre la *Loi sur les droits de la personne* et la *Loi sur la Cour fédérale* habilite la Cour à accorder une «autre forme de réparation» est rejetée, principalement sur le fondement d'une interprétation stricte de l'art. 44. J'ajouterais que, même si nous adoptons la thèse du pouvoir «accessoire» préconisée par les intimés, il serait possible, en donnant un sens large à ce mot, d'interpréter les divers pouvoirs de surveillance exercés sur le Tribunal des droits de la personne comme ayant pour effet d'autoriser des ordonnances pouvant être assorties d'une injonction «accessoire» accordée en vertu de l'art. 44.

Je tiens tout d'abord à signaler que, à la lecture du texte de l'article, les deux interprétations — tant celle qui préconise l'attribution de la compétence que l'interprétation contraire — me paraissent plausibles. Lorsqu'on se heurte à un problème d'interprétation de cette nature, il faut examiner l'ensemble de la Loi pour dégager son objet et pour déterminer si son texte permet de distinguer la présente affaire de l'arrêt *Fraternité*. Les intimés affirment que l'interprétation niant l'existence du pouvoir d'accorder des injonctions est justifiée parce que la Cour fédérale n'est qu'un «tribunal créé par une loi», fait qui commande que toute attribution de compétence soit interprétée strictement. En revanche, la Cour suprême de Colombie-

tion, and only it has jurisdiction to issue the injunction in this case.

23 That outcome appears anomalous. The sections of the *Human Rights Act* and *Federal Court Act* indicate a high degree of supervision of the Human Rights Tribunal by the Federal Court. The Federal Court is responsible for judicial review over decisions of the Tribunal (*Federal Court Act*, s. 18.1); it may issue injunctions against the Tribunal (*Federal Court Act*, s. 18(1)); recourse to it is necessary to order disclosure of information required in the course of an investigation or Tribunal hearing (*Human Rights Act*, s. 58(1)); and, an order of the Tribunal may be filed with and transformed into an order of the Federal Court (*Human Rights Act*, s. 57). And yet, it is argued that none of these powers are to be accepted as “other relief” because the relief sought at the interlocutory, or pre-filing stage, is said to be conceptually distinct from the relief which may be ordered under these provisions. Meanwhile, the provincial superior court would be competent as a court of “inherent jurisdiction”.

24 Of course, while policy factors may be helpful in gleaning Parliament’s intention as to whether there has been a statutory grant, they cannot be determinative. But the general statement in s. 3 as to the status of the Federal Court as “a superior court of record having civil and criminal jurisdiction”, combined with the many powers of supervision, control, and enforcement of this and many other Tribunals, leaves one wondering why statutory authorization could not be inferred from s. 44 when its language is similar to that used to describe the powers of a superior court in s. 36 of the *Law and Equity Act*.

Britannique est une cour supérieure possédant une compétence inhérente, et elle seule est habilitée à accorder une injonction en l’espèce.

Ce résultat semble anormal. Il ressort des dispositions de la *Loi sur les droits de la personne* et de la *Loi sur la Cour fédérale* que la Cour fédérale exerce une surveillance importante sur le Tribunal. Le contrôle judiciaire des décisions du Tribunal relève de la Cour fédérale (art. 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*). Cette dernière peut décerner des injonctions contre le Tribunal (par. 18(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*). Il faut s’adresser à elle pour obtenir la communication de renseignements nécessaires aux fins d’une enquête ou d’une audience du Tribunal (par. 58(1) de la *Loi sur les droits de la personne*). Les ordonnances du Tribunal peuvent être déposées au greffe de la Cour fédérale, auquel cas elles sont assimilées aux ordonnances de cette cour (art. 57 de la *Loi sur les droits de la personne*). Pourtant, on affirme qu’aucun de ces pouvoirs ne doit être considéré comme une «autre forme de réparation», parce que le redressement demandé au stade interlocutoire, ou avant le dépôt, serait conceptuellement distinct de celui qui peut être ordonné en vertu de ces dispositions. Par ailleurs, la cour supérieure provinciale serait compétente en tant que cour possédant une «compétence inhérente».

Il est évident que, même si les facteurs ressortissant à la politique poursuivie peuvent être utiles pour déterminer si le législateur avait l’intention d’attribuer une compétence, ils ne sont toutefois pas déterminants. Cependant, on peut se demander, à la lumière de l’énoncé général de l’art. 3 sur le statut de la Cour fédérale, qui décrit celle-ci comme «une cour supérieure d’archives ayant compétence en matière civile et pénale», conjugué aux nombreux pouvoirs de surveillance, de contrôle et d’exécution dont elle est investie à l’égard du Tribunal et de maints autres tribunaux, pourquoi une autorisation d’origine législative ne pourrait être inférée de l’art. 44 compte tenu du fait que son libellé est analogue à celui utilisé pour décrire les pouvoirs de la cour supérieure à l’art. 36 de la *Law and Equity Act*.

At this point, it is necessary to explore more carefully the concept of “inherent jurisdiction” to determine how it operates to give the provincial superior court remedial jurisdiction, and why this would require that the Federal Court, described as a “statutory court”, would be bound by a very strict and narrow reading of its authorizing statute which effectively would deprive it of jurisdiction over an area where it is otherwise explicitly given extensive powers of supervision. Indeed, the doctrine of inherent jurisdiction has been used in this case as a corollary for the proposition that a federal statute granting authority to the Federal Court should be read narrowly. Whether the doctrine of inherent jurisdiction supports that approach merits closer inspection.

In *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at p. 331, Wilson J. articulated the narrow view:

The statutory grant of jurisdiction by Parliament to the Federal Court is contained in the *Federal Court Act*. Because the Federal Court is without any inherent jurisdiction such as that existing in provincial superior courts, the language of the Act is completely determinative of the scope of the Court’s jurisdiction.

What is this notion of inherent jurisdiction which is used to justify a strict approach to the interpretation of the *Federal Court Act*? The notion of inherent jurisdiction has developed from the role of provincial superior courts in Canada’s legal system. The unique historical feature of provincial superior courts, as opposed to the Federal Court, is that they have traditionally exercised general jurisdiction over all matters of a civil or criminal nature. This general jurisdictional function in the Canadian justice system precedes Confederation, and was expressly continued by s. 129 of the *Constitution Act, 1867*, “as if the Union had not been made”. Under s. 92(14), the provinces exercise authority over the “Administration of Justice in the Province”, including the “Constitution, Maintenance, and Organization” of provincial superior courts. The unique institutional feature of these courts is that by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, judges of provincial superior courts are appointed by the

Il est nécessaire, à ce stade-ci, d’examiner plus à fond la notion de «compétence inhérente» afin de déterminer comment elle confère à la cour supérieure provinciale son pouvoir de réparation, et pourquoi elle exigerait une interprétation très stricte et très étroite de la loi habilitante de la Cour fédérale — cour décrite comme un «tribunal qui tire sa compétence de la loi» —, interprétation qui aurait pour effet de lui nier compétence sur un domaine à l’égard duquel elle est par ailleurs explicitement investie de vastes pouvoirs de surveillance. De fait, la théorie de la compétence inhérente a été utilisée, en l’espèce, comme corollaire de la proposition selon laquelle une loi fédérale attributive de compétence à la Cour fédérale doit recevoir une interprétation étroite. Il convient d’examiner de plus près si la théorie de la compétence inhérente étaye cette proposition.

Dans *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, à la p. 331, le juge Wilson a exposé la conception étroite:

L’attribution de compétence à la Cour fédérale par le Parlement se trouve dans la *Loi sur la Cour fédérale*. Parce que la Cour fédérale n’a aucune compétence inhérente comme celle des cours supérieures des provinces, c’est le texte de la Loi qui détermine complètement l’étendue de la compétence de la cour.

Quelle est donc cette notion de compétence inhérente qui est invoquée pour justifier l’interprétation stricte de la *Loi sur la Cour fédérale*? La notion de compétence inhérente découle du rôle joué par les cours supérieures des provinces à l’intérieur du système juridique canadien. La caractéristique historique particulière qui distingue les cours supérieures des provinces et la Cour fédérale est que les premières ont traditionnellement exercé une compétence générale sur toutes les questions de nature civile ou criminelle. Cette fonction juridictionnelle générale au sein du système de justice canadien est antérieure à la Confédération et elle a été expressément maintenue par l’art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, «comme si l’union n’avait pas eu lieu». Aux termes du par. 92(14), les provinces ont compétence sur «l’administration de la justice dans la province», y compris «la constitution, le maintien et l’organisation» des cours supérieures provinciales. La caractéristique institutionnelle

Governor General, not by the provinces. Responsibility for s. 96 courts is thus shared between the two levels of government, unlike either inferior provincial courts, or courts created under s. 101. Estey J., in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at pp. 326-27, explained the unique nature of provincial superior courts in the following way:

The provincial superior courts have always occupied a position of prime importance in the constitutional pattern of this country. They are the descendants of the Royal Courts of Justice as courts of general jurisdiction. They cross the dividing line, as it were, in the federal-provincial scheme of division of jurisdiction, being organized by the provinces under s. 92(14) of the [*Constitution Act, 1867*] and are presided over by judges appointed and paid by the federal government (sections 96 and 100 of the [*Constitution Act, 1867*]).

27

In addition to s. 129 providing for the post-Confederation continuation of provincial superior courts, s. 96 also impliedly contemplates their continued existence. The constitutional fact of their continued existence endorses their general jurisdiction and, in effect, guarantees a traditional core of superior court jurisdiction (*Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *McEvoy v. Attorney General (New Brunswick)*, [1983] 1 S.C.R. 704; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725. See also *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, at pp. 19-20; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206, at p. 217; Hogg, "Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts" (1981), 30 *U.N.B.L.J.* 9).

28

The historical origins and constitutional basis of the Federal Court of Canada demonstrate its more particular, as opposed to general, jurisdiction. Section 101 of the *Constitution Act, 1867* authorizes Parliament to create "any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada".

particulière de ces cours est le fait que, aux termes de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les juges y siégeant sont nommés par le gouverneur général, et non par les provinces. La responsabilité à l'égard des tribunaux visés à l'art. 96 est donc partagée par les deux niveaux de gouvernement, contrairement à ce qui est le cas pour les cours provinciales de juridiction inférieure ou pour les cours créées en vertu de l'art. 101. Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, aux pp. 326 et 327, le juge Estey a expliqué ainsi la nature unique des cours supérieures des provinces:

Les cours supérieures des provinces ont toujours occupé une position de premier plan à l'intérieur du régime constitutionnel de ce pays. Ces cours de compétence générale sont les descendantes des cours royales de justice. Constituées par les provinces en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle [de 1867]* et présidées par des juges nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral (les art. 96 et 100 de la *Loi constitutionnelle [de 1867]*), elles franchissent, pour ainsi dire, la ligne de partage des compétences fédérale et provinciale.

Outre l'art. 129, qui pourvoit au maintien post-confédéral des cours supérieures des provinces, l'art. 96 prévoit aussi implicitement leur maintien. Le fait constitutionnel du maintien de ces cours étaye leur compétence générale et leur garantit, dans les faits, un noyau de compétence en tant que cours supérieures (*Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *McEvoy c. Procureur général (Nouveau-Brunswick)*, [1983] 1 R.C.S. 704; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725). Voir également *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, aux pp. 19 et 20; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, à la p. 217; Hogg, «Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts» (1981), 30 *R.D.U.N.-B.* 9).

Les origines historiques ainsi que les assises constitutionnelles de la Cour fédérale du Canada expliquent sa compétence plus particulière que générale. L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise le Parlement à créer «d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois

This it did, in 1875, with the establishment of the Exchequer Court, which was granted a very limited jurisdiction, confined to “cases in which demand shall be made or relief sought in respect of any matter which might in England be the subject of a suit or action in the Court of Exchequer on its revenue side against the Crown, or any officer of the Crown” (*Supreme and Exchequer Courts Act*, S.C. 1875, c. 11, s. 58). In 1887, and again in 1890 and 1891, this jurisdiction was expanded modestly, to cover intellectual property, other actions brought by the government, admiralty, and expropriation of land by the government (*An Act to amend “The Supreme and Exchequer Courts Act”, and to make better provision for the Trial of Claims against the Crown*, S.C. 1887, c. 16; the *Colonial Courts of Admiralty Act, 1890* (U.K.), 53 & 54 Vict., c. 27; *The Exchequer Court Amendment Act, 1891*, S.C. 1891, c. 26, s. 4). From an interpretation of the Federal Court’s constitutional origins in s. 101, Professor Hogg draws the following conclusions (in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 7-15):

Section 101 does not authorize the establishment of courts of general jurisdiction akin to the provincial courts. It only authorizes courts “for the better administration of the laws of Canada”. This has two important consequences. First, it means that the Federal Court of Canada has no inherent jurisdiction; its jurisdiction is confined to those subject matters conferred upon it by the Federal Court Act or other statute. Secondly, it means that the Federal Court can be given jurisdiction over only subject matters governed by the “laws of Canada”.

Thus, even when squarely within the realm of valid federal law, the Federal Court of Canada is not presumed to have jurisdiction in the absence of an express federal enactment. On the other hand, by virtue of their general jurisdiction over all civil and criminal, provincial, federal, and constitutional matters, provincial superior courts do enjoy such a presumption.

du Canada». C’est ce qu’il a fait, en 1875, en constituant la Cour de l’Échiquier, à laquelle il n’a conféré qu’une compétence très restreinte, qui se limitait aux «cas où demande sera faite ou recours sera cherché au sujet de toute matière qui pourrait, en Angleterre, faire le sujet d’une poursuite ou action devant la Cour de l’Échiquier en sa juridiction du revenu, contre la couronne ou quelque officier de la couronne» (*Acte de la Cour Suprême et de l’Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11, art. 58). En 1887, puis en 1890 et en 1891, cette compétence a été légèrement élargie, pour y inclure la propriété intellectuelle, d’autres actions intentées par le gouvernement, l’amirauté et l’expropriation de terres par le gouvernement. (*Acte à l’effet de modifier l’Acte des cours Suprême et de l’Échiquier, et d’établir de meilleures dispositions pour l’instruction des réclamations contre la Couronne*, S.C. 1887, ch. 16; la *Colonial Courts of Admiralty Act, 1890*, 1890 (U.K.), 53 & 54 Vict., ch. 27; *Acte modificatif de la cour de l’Échiquier, 1891*, S.C. 1891, ch. 26, art. 4). Partant de l’interprétation que la Cour fédérale tire ses origines constitutionnelles de l’art. 101, le professeur Hogg formule les conclusions suivantes (dans *Constitutional Law of Canada* (éd. à feuilles mobiles), vol. 1, à la p. 7-15):

[TRADUCTION] L’article 101 n’autorise pas l’établissement de tribunaux de compétence générale semblables aux tribunaux provinciaux. Il ne permet que la constitution de tribunaux «pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada». Ce fait entraîne deux conséquences importantes. Premièrement, cela signifie que la Cour fédérale du Canada ne possède pas une compétence inhérente; que sa compétence se limite aux sujets qui lui sont confiés par la *Loi sur la Cour fédérale* ou par une autre loi. Deuxièmement, cela signifie que la Cour fédérale ne peut se voir attribuer compétence que sur les sujets régis par «les lois du Canada».

Ainsi, même lorsqu’il s’agit d’une question relevant nettement d’une règle de droit fédérale valide, la Cour fédérale du Canada n’est pas présumée avoir compétence en l’absence d’un texte de loi fédéral exprès. En revanche, en raison de leur compétence générale sur toute question en matière civile, criminelle, provinciale, fédérale et constitutionnelle, les cours supérieures des provinces jouissent de cette présomption.

29

This presumption is not a necessary incident of the structure of our Constitution. Section 101 empowers Parliament to create a federal court with general jurisdiction over the administration of all federal law. For whatever reasons, Parliament has not chosen to create such a court. Moreover, the presumption is the product of a long line of jurisprudence which has responded to the constitutional and historical indications described above, rather than an explicit constitutional requirement. Apposite are the comments of Bora Laskin, later Chief Justice of Canada, who described the situation in 1969 (in *The British Tradition in Canadian Law*, at pp. 113-14):

There has been no great need in Canada to establish a separate system of federal courts for federal law, because, as a mere matter of course, provincial courts have from the beginning of the Canadian federation exercised jurisdiction in disputes arising out of or involving federal law. Unlike the case in Australia, where the Constitution empowers the Commonwealth Parliament to invest the State courts with jurisdiction in federal matters, the British North America Act is not express on the matter. Inferentially, the legislative authority of the Provinces in relation to the administration of justice therein, and including the constitution, organisation and maintenance of provincial courts both of civil and criminal jurisdiction — without limitation as to matters within federal competence — is an indication of the availability of provincial courts for litigating federal causes of action and for enforcing federal criminal law. . . . They may be considered, *pro tanto*, as federal courts in so far as they administer federal law.

. . . This view of the omnicompetence of provincial superior courts was fed by a decision of the Privy Council, suggestive of inherent superior court jurisdiction, that (to use its words) "if the right exists, the presumption is that there is a Court which can enforce it, for if no other mode of enforcing it is prescribed, that alone is sufficient to give jurisdiction to the [Queen's] Courts of justice". [Emphasis added.]

30

The case quoted by Laskin, *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (P.C.), concerned the jurisdiction of the provincial superior court in Alberta to deal with matters arising under the *Matrimonial Causes*

Cette présomption n'est pas un accessoire nécessaire de la structure de notre Constitution. L'article 101 habilite le Parlement à créer une cour fédérale dotée d'une compétence générale sur l'administration de toutes les lois fédérales. Pour une raison ou pour une autre, il n'a pas choisi de créer un tel tribunal. En outre, la présomption est le fruit d'une longue jurisprudence qui a suivi les indications constitutionnelles et historiques décrites précédemment, plutôt qu'une exigence constitutionnelle explicite. À cet égard, voici les commentaires pertinents de Bora Laskin, devenu plus tard Juge en chef du Canada, qui a décrit ainsi la situation en 1969 (dans *The British Tradition in Canadian Law*, aux pp. 113 et 114):

[TRADUCTION] Au Canada, le besoin d'établir un système judiciaire distinct pour le droit fédéral ne s'est pas fait sentir de façon très pressante, parce que, tout simplement, les tribunaux provinciaux ont, dès le début de la fédération canadienne, statué sur des litiges concernant des lois fédérales. Contrairement à l'Australie, où la Constitution habilite le Parlement fédéral à attribuer aux tribunaux des États compétence sur des matières fédérales, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne renferme aucune disposition expresse sur la question. Par voie d'inférence, le pouvoir des provinces de légiférer sur l'administration de la justice sur leur territoire, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux de juridiction tant civile que criminelle — sans réserve visant les sujets de compétence fédérale — est un indice de la possibilité de s'adresser aux tribunaux provinciaux pour faire valoir des causes d'action fondées sur les lois fédérales et pour faire appliquer le droit criminel fédéral [. . .] Ils peuvent être considérés, *pro tanto*, comme des tribunaux fédéraux, dans la mesure où ils appliquent le droit fédéral.

. . . Cette conception d'une omnicompetence des cours supérieures des provinces tire son origine d'une décision du Conseil privé qui semble reconnaître aux cours supérieures une compétence inhérente selon laquelle (pour reprendre ses termes) «si le droit existe, il faut présumer qu'il existe un tribunal pour en assurer l'exercice, car si aucun autre mode d'en assurer l'exercice n'est prescrit, cela en soi suffit pour conférer compétence aux cours royales de justice». [Je souligne.]

L'arrêt cité par Laskin, *Board c. Board*, [1919] A.C. 956 (C.P.), portait sur la compétence de la cour supérieure de l'Alberta de statuer sur des questions régies par la *Matrimonial Causes Act*,

Act, 1857 ((U.K.), 20 & 21 Vict., c. 85). Although marriage and divorce fall within s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and the applicable English law was received into federal law as a consequence, the provincial superior court was held to have jurisdiction in the absence of any express federal enactment which conferred jurisdiction. The reason for this was quite simple. As of 1919, Parliament had only granted a very limited jurisdiction to the federal court system, as noted above, which did not include jurisdiction over marriage and divorce matters. By contrast, the *Supreme Court Act of Alberta, S.A. 1907, c. 3*, passed in 1907, expansively based the jurisdiction of the superior courts of that province on

the jurisdiction which on July 15, 1870, was vested in, or capable of being exercised in England by (1.) the High Court of Chancery, as a Common Law Court, as well as a Court of Equity, including the jurisdiction of the Master of the Rolls as a judge or Master of the Court of Chancery, and any jurisdiction exercised by him in relation to the Court of Chancery as a common law Court; (2.) The Court of Queen's Bench; (3.) The Court of Common Pleas at Westminster; (4.) The Court of Exchequer as a Court of Revenue as well as a Common Law Court; (5.) The Court of Probate; (6.) The Court created by Commissioners of Oyer and Terminer, and of Gaol Delivery, or of any of such Commissions.

(*Per* Viscount Haldane, at p. 960, referring to s. 9 of the Act.)

Perhaps as a result of an oversight, the English court responsible for divorces was not among those courts listed above. Nevertheless, the Privy Council held, on the basis of the Supreme Court of Alberta's general jurisdiction, that "that Court was bound to entertain and to give effect to proceedings for making [the right of divorce] operative" (p. 962). In referring to its interpretation of the jurisdiction-conferring clause of Alberta's *Supreme Court Act of 1907*, the Privy Council explained its reasons for recognizing the jurisdiction of the Supreme Court of Alberta in the following manner (at pp. 962-63):

... a well-known rule makes it plain that the language there used ought to be interpreted as not excluding the

1857 ((R.-U.), 20 & 21 Vict., ch. 85). Même si le mariage et le divorce sont mentionnés à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que le droit anglais applicable a été reçu en conséquence dans le droit fédéral, il a été jugé que la cour supérieure de la province avait compétence en l'absence de tout texte de loi fédéral attribuant expressément compétence. La raison de cette conclusion était très simple. En 1919, le Parlement n'avait conféré au système judiciaire fédéral qu'une compétence très restreinte, comme nous l'avons indiqué précédemment, laquelle n'incluait pas la compétence sur le mariage et le divorce. En revanche, la *Supreme Court Act de l'Alberta, S.A. 1907, ch. 3*, adoptée en 1907, conférait aux cours supérieures de la province une vaste compétence fondée sur

[TRADUCTION] la compétence dont jouissaient ou que pouvaient exercer, le 15 juillet 1870: (1) la Haute Cour de la chancellerie, en qualité de tribunal de common law et en qualité de tribunal d'equity, y compris la compétence du maître des rôles comme juge ou comme maître de la Cour de la chancellerie et toute autre compétence exercée par ce dernier relativement à la Cour de la chancellerie comme tribunal de common law; (2) la Cour du Banc de la Reine; (3) la Cour des plaids communs de Westminster; (4) la Cour de l'Échiquier en qualité de tribunal du revenu et en qualité de tribunal de common law; (5) la Cour des successions; (6) la Cour d'Oyer et Terminer, la Cour d'évacuation générale des prisons et les cours constituées par d'autres commissions du genre.

(Le vicomte Haldane, à la p. 960, relativement à l'art. 9 de la Loi.)

Peut-être par suite d'un oubli, le tribunal anglais chargé de statuer en matière de divorce avait été omis de cette courte liste. Le Conseil privé n'en a pas moins conclu, sur le fondement de la compétence générale de la Cour suprême de l'Alberta, que [TRADUCTION] «cette Cour était tenue de connaître des procédures visant à donner effet au [droit au divorce]» (p. 962). Renvoyant à son interprétation de la disposition attributive de compétence de la *Supreme Court Act de l'Alberta de 1907*, le Conseil privé a expliqué ainsi les motifs qui l'amenaient à reconnaître la compétence à la Cour suprême de l'Alberta (aux pp. 962 et 963):

[TRADUCTION] ... une règle bien connue établit clairement que le libellé en cause doit être interprété comme

jurisdiction. If the right exists, the presumption is that there is a Court which can enforce it, for if no other mode of enforcing it is prescribed, that alone is sufficient to give jurisdiction to the King's Courts of justice. In order to oust jurisdiction, it is necessary, in the absence of a special law excluding it altogether, to plead that jurisdiction exists in some other Court. This is the effect of authorities . . . [The Alberta] Act set up a Superior Court, and it is the rule as regards presumption of jurisdiction in such a Court that, as stated by Willes J. in *London Corporation v. Cox* ((1867) L.R., 2 H.L. 239, 259), nothing shall be intended to be out of the jurisdiction of a Superior Court, but that which specially appears to be so.

n'ayant pas pour effet d'exclure la compétence. Si le droit existe, il faut présumer qu'il existe un tribunal qui peut le faire respecter, car si aucun autre mode d'exercice n'est prescrit, ce fait à lui seul suffit pour conférer compétence aux cours de justice du Roi. Pour les priver de leur compétence, il est nécessaire, en l'absence de loi spéciale excluant cette compétence, de plaider que celle-ci a été conférée à quelque autre tribunal. Voilà l'effet des arrêts faisant autorité en la matière. [. . .] La loi [de l'Alberta] établit une cour supérieure et, selon la règle de la présomption de compétence de ces cours, telle que l'a énoncée le juge Willes dans *London Corporation c. Cox* ((1867) L.R., 2 H.L. 239, 259), rien n'est censé échapper à la compétence d'une cour supérieure sauf ce qui paraît en être spécialement exclu.

32

The notion of "inherent jurisdiction" arises from the presumption that if there is a justiciable right, then there must be a court competent to vindicate the right. The issue addressed in *Board v. Board* was whether a failure to grant jurisdiction should be read as implicitly excluding jurisdiction. In that context, the doctrine of inherent jurisdiction requires that only an explicit ouster of jurisdiction should be allowed to deny jurisdiction to the superior court. In my view, the case does not stand for the fundamentally different proposition that statutes which purport to grant jurisdiction to another court should be read narrowly so as to protect the jurisdiction of the superior court. That is not the purpose of the doctrine of inherent jurisdiction, which is simply to ensure that a right will not be without a superior court forum in which it can be recognized. Although certain language in *Board v. Board* could be taken to stand for the former proposition, a reading of the entire case indicates that a choice was not being made between the jurisdiction of the s. 96 court and the jurisdiction of the federal court (which was extremely narrow at the time). The Privy Council simply did not consider the possible jurisdiction of the Exchequer Court in *Board v. Board*. The case was not an attempt to answer the question "which court?", but rather "is there a court?" The former question can only be determined by considering the constitutional, statutory and historical factors which I have canvassed above, while the latter can be dealt with by means of the simple presumption that only an express

La notion de «compétence inhérente» découle de la présomption qui veut que, s'il existe un droit justiciable, il doit alors exister un tribunal compétent permettant de le faire valoir. La question examinée dans *Board c. Board* était celle de savoir si l'absence d'une attribution de compétence devait être interprétée comme une exclusion implicite de compétence. Dans ce contexte, suivant la théorie de la compétence inhérente, seule une exclusion explicite de la compétence peut priver la cour supérieure de la compétence sur une question. À mon avis, cet arrêt n'étaye pas la proposition fondamentalement différente voulant que les lois censées conférer compétence à un autre tribunal doivent être interprétées strictement de manière à protéger la compétence de la cour supérieure. Il ne s'agit pas là de l'objet de la théorie de la compétence inhérente, qui est tout simplement d'éviter qu'un droit ne puisse être exercé faute d'une cour supérieure où il peut être reconnu. Bien que certains passages de l'arrêt *Board c. Board* puissent être considérés comme ayant pour effet d'étayer la première proposition, la lecture de l'ensemble de la décision indique qu'on ne procédait pas à un choix entre la compétence du tribunal constitué en vertu de l'art. 96 et la compétence (extrêmement limitée à l'époque) de la cour fédérale. La possibilité que la Cour de l'Échiquier ait eu compétence n'a tout simplement pas été envisagée par le Conseil privé dans *Board c. Board*, où la question n'était pas «Quel tribunal a compétence?», mais plutôt «Existe-t-il un tribunal compétent?» La première question ne peut être tranchée que par l'examen des facteurs constitutionnels, législatifs et histo-

ouster will deny jurisdiction to the superior court to hear such a case.

The statutory position of the Federal Court has changed since *Board v. Board*, a case in which the possible jurisdiction of the Exchequer Court was not even considered, because its jurisdiction at that time was so marginal. The passage of the *Federal Court Act* in 1971 substantially expanded the jurisdiction of the Exchequer Court (and changed its name to the Federal Court of Canada), and by necessary implication, removed jurisdiction over many matters from the provincial superior courts. The new Federal Court of Canada was granted an expanded jurisdiction, not only by specific enumeration of new subject matters, as, for example, in s. 23(c) of the Act, but also in a more general fashion. In essence, by virtue of ss. 3, 18, and 18.1, it was made a court of review and of appeal which stands at the apex of all the administrative decision-makers on whom power has been granted by individual Acts of Parliament. Significant confusion had developed prior to the Act as superior courts in different provinces reached conflicting outcomes as to the disposition of applications for judicial review from these administrative decision-makers, as to the proper test for standing, and as to the geographical reach of their decisions (I. Bushnell, *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992* (1997), at p. 159). The growth of administrative decision-makers adjudicating a myriad of laws within federal competence, without a single court to supervise that structure below the Supreme Court of Canada, created difficulties which an expanded Federal Court was intended to address.

These are the historical and constitutional factors which led to the development of the notion of inherent jurisdiction in provincial superior courts,

riques analysés précédemment, alors que la seconde peut l'être en appliquant la simple présomption que seule une exclusion expresse prive la cour supérieure de la compétence de connaître d'une affaire.

Le statut législatif de la Cour fédérale a changé depuis *Board c. Board*, arrêt dans lequel la possibilité que la Cour de l'Échiquier ait eu compétence n'a même pas été prise en considération, étant donné que la compétence de cette cour était vraiment limitée à l'époque. L'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale*, en 1971, a considérablement élargi la compétence de la Cour de l'Échiquier (qui a notamment été renommée Cour fédérale du Canada), et, par implication nécessaire, a eu pour effet de retirer aux cours supérieures des provinces la compétence sur de nombreux sujets. La nouvelle Cour fédérale du Canada s'est vu accorder une compétence élargie non seulement par l'ajout explicite de nouveaux sujets, par exemple celui mentionné à l'al. 23c) de la Loi, mais également de façon générale. Essentiellement, en vertu des art. 3, 18 et 18.1, la Cour est devenue un tribunal de révision et d'appel siégeant au sommet de l'ensemble des décideurs administratifs qui exercent des pouvoirs conférés par différentes lois fédérales. Avant l'adoption de la Loi, il régnait une confusion considérable par suite des décisions divergentes que rendaient les cours supérieures des provinces sur les demandes de contrôle judiciaire des décisions de ces décideurs administratifs, ainsi qu'à l'égard du critère approprié pour statuer sur la qualité pour agir et de la portée géographique de leurs décisions (I. Bushnell, *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992* (1997), à la p. 159). L'accroissement du nombre de décideurs administratifs rendant des décisions concernant une myriade de lois fédérales, sans qu'il existe un tribunal unique de juridiction inférieure à la Cour suprême du Canada chargé de surveiller cette structure, créait des difficultés que la Cour fédérale, dotée d'une compétence élargie, visait à écarter.

Ce sont ces facteurs historiques et constitutionnels qui ont entraîné l'élaboration de la notion de compétence inhérente des cours supérieures des

which to a certain extent has been compared and contrasted to the more limited statutory jurisdiction of the Federal Court of Canada. But in my view, there is nothing in this articulation of the essentially remedial concept of inherent jurisdiction which in any way can be used to justify a narrow, rather than a fair and liberal, interpretation of federal statutes granting jurisdiction to the Federal Court. The legitimate proposition that the institutional and constitutional position of provincial superior courts warrants the grant to them of a residual jurisdiction over all federal matters where there is a “gap” in statutory grants of jurisdiction, is entirely different from the proposition that federal statutes should be read to find “gaps” unless the words of the statute explicitly close them. The doctrine of inherent jurisdiction raises no valid reasons, constitutional or otherwise, for jealously protecting the jurisdiction of provincial superior courts as against the Federal Court of Canada.

35 In my view, the doctrine of inherent jurisdiction operates to ensure that, having once analysed the various statutory grants of jurisdiction, there will always be a court which has the power to vindicate a legal right independent of any statutory grant. The court which benefits from the inherent jurisdiction is the court of general jurisdiction, namely, the provincial superior court. The doctrine does not operate to narrowly confine a statutory grant of jurisdiction; indeed, it says nothing about the proper interpretation of such a grant. As noted by McLachlin J. in *Brotherhood*, *supra*, at para. 7, it is a “residual jurisdiction”. In a federal system, the doctrine of inherent jurisdiction does not provide a rationale for narrowly reading federal legislation which confers jurisdiction on the Federal Court.

36 As is clear from the face of the *Federal Court Act*, and confirmed by the additional role conferred on it in other federal Acts, in this case the *Human*

provinces, qui a, dans une certaine mesure, été comparée et opposée à la compétence d’origine législative plus limitée de la Cour fédérale du Canada. Toutefois, je suis d’avis que rien dans cet exposé de la notion essentiellement réparatrice de compétence inhérente ne peut être invoqué pour justifier une interprétation étroite, plutôt qu’une interprétation juste et libérale, des lois fédérales qui confèrent compétence à la Cour fédérale. La proposition légitime — selon laquelle la situation institutionnelle et constitutionnelle des cours supérieures provinciales justifie de leur reconnaître une compétence résiduelle sur toute matière fédérale en cas de «lacune» dans l’attribution législative des compétences — est entièrement différente de l’argument selon lequel il faut conclure à l’existence d’une «lacune» dans une loi fédérale à moins que le texte de cette loi ne comble explicitement la lacune en question. La théorie de la compétence inhérente ne fait ressortir aucun motif valable, d’ordre constitutionnel ou autre, justifiant de protéger jalousement la compétence des cours supérieures des provinces contre la Cour fédérale du Canada.

À mon avis, la théorie de la compétence inhérente a pour effet de garantir que, une fois analysées les diverses attributions législatives de compétence, il y aura toujours un tribunal habilité à statuer sur un droit, indépendamment de toute attribution législative de compétence. Le tribunal qui jouit de cette compétence inhérente est la juridiction de droit commun, c’est-à-dire la cour supérieure de la province. Cette théorie n’a pas pour effet de limiter restrictivement une attribution législative de compétence; de fait, elle ne prévoit rien quant à la façon dont une telle attribution doit être interprétée. Comme l’a souligné le juge McLachlin dans l’arrêt *Fraternité*, précité, au par. 7, il s’agit d’une «compétence résiduelle». Dans un système fédéral, la théorie de la compétence inhérente ne justifie pas d’interpréter restrictivement les lois fédérales conférant compétence à la Cour fédérale.

Comme l’indique clairement le texte de la *Loi sur la Cour fédérale* et le confirme le rôle additionnel qui est confié à cette cour par d’autres lois

Rights Act, Parliament intended to grant a general administrative jurisdiction over federal tribunals to the Federal Court. Within the sphere of control and exercise of powers over administrative decision-makers, the powers conferred on the Federal Court by statute should not be interpreted in a narrow fashion. This means that where an issue is clearly related to the control and exercise of powers of an administrative agency, which includes the interim measures to regulate disputes whose final disposition is left to an administrative decision-maker, the Federal Court can be considered to have a plenary jurisdiction.

In this case, I believe it is within the obvious intendment of the *Federal Court Act* and the *Human Rights Act* that s. 44 grant jurisdiction to issue an injunction in support of the latter. I reach this conclusion on the basis that the Federal Court does have the power to grant "other relief" in matters before the Human Rights Tribunal, and that fact is not altered merely because Parliament has conferred determination of the merits to an expert administrative decision-maker. As I have noted above, the decisions and operation of the Tribunal are subject to the close scrutiny and control of the Federal Court, including the transformation of the order of the Tribunal into an order of the Federal Court. These powers amount to "other relief" for the purposes of s. 44.

In my view, this statutory jurisdiction is concurrent with the inherent jurisdiction of a provincial superior court in accordance with the principles of *Brotherhood*. There is no repugnance in the concept of a concurrent jurisdiction; indeed, it is common in our judicial structure. As one author has observed (T. A. Cromwell, "Aspects of Constitu-

tionnelles, dans le présent cas la *Loi sur les droits de la personne*, le Parlement a voulu conférer à la Cour fédérale une compétence administrative générale sur les tribunaux administratifs fédéraux. Pour ce qui concerne son rôle de surveillance des décideurs administratifs, les pouvoirs confiés par une loi à la Cour fédérale à cet égard ne doivent pas être interprétés de façon restrictive. Cela signifie que, lorsqu'il s'agit d'une question relevant clairement de son rôle de surveillance d'un organisme administratif, ce qui inclut la prise de mesures provisoires visant à régir des différends dont l'issue finale est laissée au décideur administratif concerné, la Cour fédérale peut être considérée comme ayant plénitude de compétence.

En l'espèce, je suis d'avis qu'il ressort clairement de l'objet de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi sur les droits de la personne* que l'art. 44 confère à la Cour fédérale la compétence d'accorder une injonction dans le cadre de l'application de la *Loi sur les droits de la personne*. Je fonde cette conclusion sur le fait que la Cour fédérale a le pouvoir d'accorder toute «autre forme de réparation» dans les affaires soumises au Tribunal des droits de la personne, et que ce pouvoir n'est pas altéré du seul fait que le Parlement a confié à un décideur administratif spécialisé le rôle de statuer sur le fond de ces affaires. Comme je l'ai souligné plus tôt, les décisions et le fonctionnement du Tribunal sont assujettis de façon étroite aux pouvoirs de surveillance et de contrôle de la Cour fédérale, y compris son pouvoir de transformer les ordonnances du tribunal en ordonnances de la cour. Ces pouvoirs équivalent à une «autre forme de réparation» pour l'application de l'art. 44.

À mon avis, conformément aux principes dégagés dans l'arrêt *Fraternité*, cette compétence d'origine législative est une compétence concurrente par rapport à la compétence inhérente des cours supérieures des provinces. L'idée qu'il puisse y avoir concurrence de compétences n'a rien d'inadmissible; de fait, une telle situation est courante dans notre structure judiciaire. Comme l'a fait remarquer un auteur (T. A. Cromwell, «Aspects of Constitutional Judicial Review in

tional Judicial Review in Canada” (1995), 46 S.C. L. Rev. 1027, at p. 1030):

The provincial superior courts and the purely provincial courts share large areas of concurrent jurisdiction, particularly in criminal law. While considerably less significant, there also is a good deal of overlap in the civil jurisdiction of the provincial superior courts and the Federal Court.

The standard for a complete ouster of the s. 96 court’s jurisdiction is significantly higher than that for determining whether jurisdiction has been granted at all. This is appropriate because, as a result of our federal division of powers, the exercise of jurisdiction over the same matter is based on heads of power which are not mutually exclusive. An example of this lack of mutual exclusivity is provided in this Court’s decision in *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, which involved a challenge to the Justice Minister’s decision not to exercise his discretionary authority to refuse to extradite the appellant. Review of that decision was conferred on the Federal Court by virtue of s. 18 of the *Federal Court Act*, which granted jurisdiction based on the identity of the decision-maker as a Federal Minister. The appellant sought a writ of *habeas corpus* and a writ of *certiorari* in aid to quash the warrant of surrender on the grounds of improper procedures followed by the Minister. Vindication of the liberty interest through the writ of *habeas corpus* is a traditional function of a s. 96 court. I note that in the case at bar there is a similar asymmetry: on the one hand, the granting of an injunction generally is a traditional function of s. 96 courts; on the other hand, the issuance of this injunction is integrally connected to the functioning of an administrative tribunal under the supervisory jurisdiction of the Federal Court. In considering whether the latter jurisdiction had been displaced or ousted by virtue of the *Federal Court Act*, Cory J. for a unanimous Court on this point said, at p. 651:

Canada» (1995), 46 S.C. L. Rev. 1027, à la p. 1030):

[TRADUCTION] Les cours supérieures des provinces et les cours purement provinciales exercent une compétence concurrente considérable dans certains domaines, particulièrement en droit criminel. Par ailleurs, bien qu’à un degré considérablement moindre, il y a aussi un chevauchement assez important de compétence entre les cours supérieures des provinces et la Cour fédérale en matière civile.

La norme justifiant l’exclusion complète de la compétence d’une cour visée à l’art. 96 est beaucoup plus exigeante que celle applicable pour déterminer s’il y a eu attribution de compétence. Il doit en être ainsi, car, en vertu de la répartition des compétences au Canada, l’exercice d’une compétence à l’égard d’une même matière est fondé sur des chefs de compétence qui ne s’excluent pas mutuellement. Un exemple d’absence d’exclusion mutuelle est l’arrêt *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, de notre Cour, qui portait sur la contestation de la décision du ministre de la Justice de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser d’extrader l’appelant. Le pouvoir de contrôler une telle décision était attribué à la Cour fédérale par l’art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui accordait cette compétence sur le fondement de l’identité du décideur, en l’occurrence un ministre fédéral. L’appelant a sollicité un bref d’*habeas corpus* assorti d’un bref de *certiorari* auxiliaire pour faire annuler le mandat d’extradition en invoquant l’irrégularité de la procédure suivie par le ministre. La protection du droit à la liberté par la délivrance de brefs d’*habeas corpus* est une fonction traditionnelle des cours visées à l’art. 96. Je souligne qu’il existe, dans le présent cas, une asymétrie analogue: d’une part, la délivrance d’une injonction est généralement une fonction traditionnelle des cours visées à l’art. 96; d’autre part, la délivrance de l’injonction en litige dans la présente affaire fait partie intégrante du fonctionnement d’un tribunal administratif assujéti au pouvoir de surveillance de la Cour fédérale. Dans l’examen de la question de savoir si ce pouvoir avait été écarté ou exclu par la *Loi sur la Cour fédérale*, le juge Cory a dit ceci, au nom de la Cour unanime sur ce point, à la p. 651:

The *Federal Court Act* does not remove the historic and long standing jurisdiction of provincial superior courts to hear an application for a writ of *habeas corpus*. To remove that jurisdiction from the superior courts would require clear and direct statutory language such as that used in the section referring to members of the Canadian Forces stationed overseas. It follows that the respondents fail in their contention that the Federal Court has exclusive jurisdiction in this matter. Rather it is clear that there is concurrent jurisdiction in the provincial superior courts and the Federal Court to hear all *habeas corpus* applications other than those specified in s. 17(6) [pertaining to the Canadian Forces] of the *Federal Court Act*.

The same standard was articulated in *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821, at p. 826. That standard of “clear and direct statutory language” is not satisfied in this case and, therefore, the jurisdiction of the Federal Court is concurrent with that of the provincial superior court.

As is clear, I have taken a different approach here with respect to s. 44 from that which I took in the previous section regarding an implied grant of authority within the *Human Rights Act*, read on its own. The reason for this should be made explicit. Many federal Acts do not provide for the exercise of administrative decision-making authority. Where that is the case, the reasoning adopted here with respect to the broad supervisory jurisdiction of the Federal Court is inapplicable.

I do not believe that anything in this approach undermines the special position of s. 96 courts, or that there is any likelihood of s. 101 courts acting beyond their constitutional competence. The third requirement of the *ITO*, *supra*, test — that the law be a constitutionally valid law of Canada — guarantees that from a doctrinal perspective. From an institutional perspective, I believe the ultimate guarantee is provided by this Court, whose purpose is to serve as the court of appeal for the federal and each provincial superior court system, and to ensure that each remains within its jurisdictional limits. Nor should anything which I have said in the foregoing be taken to undermine the long-

La *Loi sur la Cour fédérale* ne retire pas aux cours supérieures provinciales la compétence qu’elles possèdent depuis longtemps pour entendre une demande de bref d’*habeas corpus*. Pour retirer cette compétence aux cours supérieures, il faudrait un langage législatif clair et direct semblable à celui qui est utilisé dans l’article relatif aux membres des Forces armées en poste à l’étranger. Il s’ensuit que les intimés ne sauraient prétendre que la Cour fédérale possède une compétence exclusive en la matière. Il est plutôt évident que les cours supérieures provinciales et la Cour fédérale possèdent une compétence concurrente pour entendre toutes les demandes d’*habeas corpus* autres que celles visées au par. 17(6) [en ce qui concerne les Forces armées] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

La même norme a été énoncée dans *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, à la p. 826. En l’espèce, il n’est pas satisfait à cette norme du «langage législatif clair et direct» et, par conséquent, la Cour fédérale et la cour supérieure provinciale ont une compétence concurrente.

Comme on le voit clairement, j’ai appliqué à l’égard de l’art. 44 une approche différente de celle que j’ai suivie, dans la section précédente, à l’égard de l’attribution implicite dans la *Loi sur les droits de la personne*, interprétée isolément. Il convient que j’explique les raisons de cette décision. Bon nombre de lois fédérales ne pourvoient pas à l’exercice d’un pouvoir décisionnel en matière administrative. Dans de tels cas, le raisonnement adopté en l’espèce relativement au large pouvoir de surveillance de la Cour fédérale est inapplicable.

Je ne crois pas que cette approche porte atteinte à la situation particulière des cours visées à l’art. 96, ni qu’il y ait quelque risque que les tribunaux constitués sous le régime de l’art. 101 excèdent la compétence que leur confère la Constitution. D’un point de vue théorique, la troisième condition du critère établi dans l’arrêt *ITO*, précité, savoir que la loi soit une loi du Canada constitutionnellement valide — garantit cela. D’un point de vue institutionnel, j’estime que la garantie ultime est fournie par notre Cour, qui a pour mission de servir de cour d’appel des décisions du système judiciaire fédéral et de chaque système de cour supérieure provinciale, et de veiller à ce que

39

40

established principle that where there is no federal law in a matter of federal jurisdiction, provincial superior courts continue to have jurisdiction by virtue of the doctrine of inherent jurisdiction. Even where federal law has been enacted, but there is no administrative decision-maker subject to the operation of the *Federal Court Act* or any other grant of jurisdiction to the Federal Court in the Act in question, then s. 96 courts continue to exercise an inherent jurisdiction.

41 Before this Court and in the courts below, it has been suggested that the finely balanced and tailored scheme of remedies contained in the *Human Rights Act* amounts to an implied ouster of the jurisdiction of the Federal Court. I would agree with McLachlin J. in *Brotherhood* who, when confronted with similar arguments, found that “[t]hese arguments go not to jurisdiction, but to whether, assuming jurisdiction, it was appropriate to grant the interim injunction” (para. 12). I will turn to that question in due course. Moreover, I would also agree with her observation in that case that an injunctive remedy will not be available where there is an adequate, alternative remedy conferred by statute on some other decision-maker. If there is, then no jurisdiction should be found in the Federal Court under s. 44.

(iv) *Section 23(c) of the Federal Court Act*

42 At the hearing, the appellant suggested that another ground of jurisdiction could be found in s. 23(c) of the *Federal Court Act*. Given my finding in the previous section, and the lack of argument or supporting evidence presented by the parties, I consider it prudent to express no opinion on this submission.

chaque juridiction respecte les limites de sa compétence. Rien non plus de ce que j’ai dit précédemment n’a pour effet d’affaiblir le principe établi depuis longtemps et selon lequel, lorsqu’une question relevant du fédéral n’est régie par aucune loi fédérale, les cours supérieures des provinces continuent d’avoir compétence en vertu de la théorie de la compétence inhérente. De plus, même lorsqu’une loi fédérale a été édictée, les tribunaux visés à l’art. 96 continuent d’exercer une compétence inhérente s’il n’existe aucun décideur administratif assujetti à l’application de la *Loi sur la Cour fédérale* ou si la loi en cause n’attribue aucune compétence à la Cour fédérale.

Devant notre Cour et devant les tribunaux de juridiction inférieure, il a été plaidé que le régime finement équilibré de redressements établi par la *Loi sur les droits de la personne* entraîne implicitement l’exclusion de la compétence de la Cour fédérale. Je souscris aux propos du juge McLachlin dans l’arrêt *Fraternité* qui, en réponse à des arguments similaires, a conclu que «[c]es arguments ne se rapportent pas à la compétence, mais à la question de savoir si, en supposant qu’il y ait compétence, il [est] approprié de décerner l’injonction provisoire» (par. 12). Je vais examiner cette question en temps utile. Qui plus est, je suis également d’accord avec l’observation qu’elle a formulée dans cette affaire et selon laquelle il n’y a pas lieu de prononcer une injonction lorsque la loi confère à un autre décideur le pouvoir d’accorder une autre réparation adéquate. Dans de tels cas, il ne convient pas de conclure que la Cour fédérale a compétence en vertu de l’art. 44.

(iv) *L’alinéa 23c) de la Loi sur la Cour fédérale*

À l’audience, l’appelante a soutenu que l’al. 23c) de la *Loi sur la Cour fédérale* pourrait constituer une autre source de la compétence de la Cour fédérale. Compte tenu des conclusions que j’ai formulées dans la section précédente et du fait que les parties n’ont présenté ni argumentation ni preuve au soutien de cet argument, j’estime prudent de ne pas exprimer d’opinion à cet égard.

Does Federal Law "Nourish" the Grant?

The requirement that there be valid federal law which nourishes the statutory grant of jurisdiction serves primarily to ensure that federal courts are kept within their constitutionally mandated sphere. As Wilson J. noted in *Roberts*, *supra*, the second and third requirements set out in *ITO*, *supra*, of a nourishing body of federal law, and its constitutional validity, go hand in hand (at p. 330):

While there is clearly an overlap between the second and third elements of the test for Federal Court jurisdiction, the second element, as I understand it, requires a general body of federal law covering the area of the dispute, i.e., in this case the law relating to Indians and Indian interests in reserve lands . . . [Emphasis added.]

The dispute over which jurisdiction is sought must rely principally and essentially on federal law. If the dispute is only tangentially related to any corpus of federal law, then there is a possibility that assuming jurisdiction would take the Federal Court out of its constitutionally mandated role.

This case presents no such difficulties. The only relevant law that could cover the facts of this case is the *Human Rights Act*, confined as it is to the federal jurisdiction over telephonic means of communication. The prescription on which the Commission seeks to base the claim for an injunction is solely and exclusively s. 13(1) of the *Human Rights Act*. That is the normative root of its claim, and it clearly nourishes the statutory grant which I have found is conferred on the Federal Court. Whether an interlocutory power of restraint is conferred by federal law is best dealt with exclusively by the more nuanced and direct jurisprudence relating to the existence of a statutory grant. Once that issue is decided, the nourishment requirement should not be used to subvert the conclusion of that analysis, but rather to ensure that the statutory

Le droit fédéral constitue-t-il le fondement de l'attribution de compétence?

La condition relative à l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales constituant le fondement de l'attribution législative de compétence vise principalement à garantir le respect par les tribunaux fédéraux des limites constitutionnelles de leur compétence. Comme l'a souligné le juge Wilson dans *Roberts*, précité, les deuxième et troisième conditions énoncées dans l'arrêt *ITO*, précité — règles de droit fédérales servant de fondement et validité constitutionnelle de ces règles de droit — sont indispensables (aux pp. 330 et 331):

Bien qu'il y ait nettement un chevauchement entre les deuxième et troisième éléments du critère applicable pour établir la compétence de la Cour fédérale, le deuxième, tel que je le comprends, exige qu'il existe un ensemble de règles de droit fédérales applicables à l'objet de la contestation, en l'espèce le droit relatif aux Indiens et à leurs intérêts dans les terres des réserves . . . [Je souligne.]

Le différend à l'égard duquel on plaide l'existence d'une compétence doit être principalement et essentiellement fondé sur des règles de droit fédérales. Si le différend ne se rattache qu'indirectement à un ensemble de règles de droit fédérales, il est alors possible que, en exerçant compétence, la Cour fédérale outre passe son rôle au regard de la Constitution.

Le présent pourvoi ne soulève aucune difficulté de cette nature. Les seules règles de droit pertinentes à l'égard des faits de l'espèce sont prévues par la *Loi sur les droits de la personne* et ne mettent en jeu que la compétence du fédéral sur la téléphonie. Le fondement invoqué par la Commission pour demander l'injonction est uniquement et exclusivement le par. 13(1) de la *Loi sur les droits de la personne*. Cette disposition est la source normative de sa demande, et elle constitue manifestement le fondement de l'attribution législative de compétence qui, ai-je conclu, est faite en faveur de la Cour fédérale. Il vaut mieux trancher la question de savoir si une règle de droit fédérale attribue un pouvoir interlocutoire de contrainte en appliquant exclusivement la jurisprudence plus nuancée et plus directe portant sur l'existence d'une attribu-

grant is being exercised in a constitutionally valid manner. That is clearly the case here, and I find that the substantive provisions of the *Human Rights Act* nourish the statutory grant.

tion législative de compétence. Une fois cette question tranchée, la condition relative au fondement de la compétence ne doit pas être utilisée pour subvertir la conclusion tirée de cette analyse, mais elle doit plutôt être utilisée pour s'assurer que la compétence ainsi attribuée est exercée conformément à la Constitution. C'est clairement le cas en l'espèce, et je conclus que les dispositions substantielles de la *Loi sur les droits de la personne* constituent le fondement de l'attribution législative de compétence.

45 The appeal of the decision of the Court of Appeal on jurisdiction is therefore allowed with costs.

Le pourvoi visant la décision de la Cour d'appel sur la question de la compétence est par conséquent accueilli avec dépens.

Second Question: Was the Exercise of Jurisdiction Appropriate?

Deuxième question: La compétence a-t-elle été exercée de manière appropriée?

46 Rule 469(3) of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, states:

Le paragraphe 469(3) des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, prévoit ce qui suit:

The plaintiff may not make an application under this Rule before commencement of the action except in case of urgency, and in that case the injunction may be granted on terms providing for the commencement of the action and on such other terms, if any, as seem just.

Le demandeur ne peut faire une demande en vertu de la présente Règle avant le début de l'action qu'en cas d'urgence, et dans ce cas, l'injonction peut être accordée à des conditions prévoyant l'introduction de l'action et, le cas échéant, aux autres conditions qui semblent justes.

Considerable argument before this Court and in the courts below was devoted to extrapolating the meaning of this provision based upon the landmark decision in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.), whose methodology was generally approved by this Court in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at pp. 128-29, and reaffirmed in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at pp. 332-33. The three-stage test was defined in the latter case as follows (*per Sopinka and Cory JJ.*, at p. 334):

Dans l'argumentation soumise à notre Cour et aux juridictions inférieures, on a beaucoup extrapolé sur le sens de cette disposition en se fondant sur l'arrêt de principe *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.), dont notre Cour a approuvé de façon générale la méthodologie dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, aux pp. 128 et 129, méthodologie dont la validité a été réaffirmée dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, aux pp. 332 et 333. Dans ce dernier arrêt, le critère en trois volets a été formulé ainsi (les juges Sopinka et Cory, à la p. 334):

First, a preliminary assessment must be made of the merits of the case to ensure that there is a serious question to be tried. Secondly, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Finally, an assessment must be made as to which of the parties would suffer greater harm from the granting or refusal of the remedy pending a decision on the merits.

Premièrement, une étude préliminaire du fond du litige doit établir qu'il y a une question sérieuse à juger. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. Enfin, il faut déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond.

The appellants sought to fine-tune each of these elements in order to respond to the initial perception that they set the threshold fairly low in a case such as this one. In particular, they recommended that the initial criterion of “serious question to be tried” be raised to a “strong *prima facie* case”. They also urged that in considering the balance of convenience criterion, the public interest ought to be weighed against the individual interests of the speaker at the balance of convenience stage.

In my view, the *Cyanamid* test, even with these slight modifications, is inappropriate to the circumstances presented here. The main reason for this is that *Cyanamid*, as well as the two other cases mentioned above, involved the commercial context in which the criteria of “balance of convenience” and “irreparable harm” had some measurable meaning and which varied from case to case. Moreover, where expression is unmixed with some other commercial purpose or activity, it is virtually impossible to use the second and third criteria without grievously undermining the right to freedom of expression contained in s. 2(b) of the *Charter*. The reason for this is that the speaker usually has no tangible or measurable interest other than the expression itself, whereas the party seeking the injunction will almost always have such an interest. This test developed in the commercial context stacks the cards against the non-commercial speaker where there is no tangible, immediate utility arising from the expression other than the freedom of expression itself.

The inappropriateness of the *Cyanamid* test is confirmed by the jurisprudence relating to injunctions against allegedly defamatory statements, in both England and Canada. In both countries, the *Cyanamid* test has been rejected for injunctions against dissemination of defamatory statements. Although defamation does not possess precisely the same characteristics as discriminatory hate speech, it is a much closer analogy than restraining commercial activity, even where that commercial

Les appelants ont voulu préciser chacun de ces éléments afin de dissiper la perception initiale qu'ils fixaient le seuil à un niveau passablement bas dans une affaire comme la présente espèce. De façon plus particulière, ils ont recommandé le relèvement du premier volet, celui de la «question sérieuse à juger», pour qu'il commande la preuve d'une «forte apparence de droit». Ils ont également préconisé que, dans l'examen de la prépondérance des inconvénients, on mette en balance l'intérêt public, d'une part, et l'intérêt individuel de celui qui s'exprime, d'autre part.

À mon avis, le critère énoncé dans *Cyanamid* ne convient pas aux circonstances de la présente espèce, même en lui apportant ces légères modifications. La principale raison de cet état de fait est que, dans cet arrêt ainsi que dans les deux autres mentionnés en même temps, le contexte commercial donnait une signification mesurable aux facteurs de la «prépondérance des inconvénients» et du «préjudice irréparable», en plus de varier d'une affaire à l'autre. De plus, lorsque le discours en cause n'est pas rattaché à une autre activité ou fin commerciale, il est virtuellement impossible d'appliquer les deuxième et troisième volets du critère sans porter gravement atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Il en est ainsi parce que la personne qui s'exprime n'a habituellement aucun intérêt tangible ou mesurable autre le discours lui-même, alors que la partie qui sollicite l'injonction aura presque toujours un tel intérêt. Ce critère, élaboré en contexte commercial, joue contre celui qui s'exprime en dehors de ce contexte, lorsque le discours en cause n'a pas d'utilité concrète et directe à part la liberté d'expression elle-même.

Tant au Canada qu'en Angleterre, la jurisprudence relative aux injonctions accordées à l'égard d'allégations de déclarations diffamatoires confirme le caractère inapproprié du critère établi dans l'arrêt *Cyanamid*. Dans les deux pays, les tribunaux ont refusé d'appliquer ce critère en matière d'injonctions interdisant la diffusion de déclarations diffamatoires. Bien que la diffamation ne présente pas exactement les mêmes caractéristiques que la propagande haineuse discriminatoire, elle

activity includes a speech element. Defamation typically involves damage to only one person's reputation and not an entire group. On the other hand, given the widespread circulation of many defamatory statements in the press and the crystallized damage which a defamatory statement may have, compared with the slow, insidious effect of a relatively isolated bigoted commentary, the two are not necessarily substantially different in terms of the "urgency" requirement. Certainly from the point of view of the rights of the speaker, bigotry and defamation cases both represent potentially low- or no-value speech and are in that sense, extremely similar. It is therefore helpful to look at the approach to injunctions in cases of defamatory speech to determine how "urgency" should be defined in the context of s. 13(1) of the *Human Rights Act*.

49

In his treatise *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. 1992 (loose-leaf)), Robert Sharpe says the following, at paras. 5.40-5.70 (pp. 5.2-5.4):

There is a significant public interest in the free and uncensored circulation of information and the important principle of freedom of the press to be safeguarded. . . .

The well-established rule is that an interlocutory injunction will not be granted where the defendant indicates an intention to justify [i.e. prove the truth of] the statements complained of, unless the plaintiff is able to satisfy the court at the interlocutory stage that the words are both clearly defamatory and impossible to justify.

. . . it seems clear that the rule is unaffected by the *American Cyanamid* case and that the balance of convenience is not a factor.

One of the leading English authorities has a close affinity to the *Human Rights Act* in that it was a statutory prohibition on certain expression.

s'y apparente beaucoup plus que la restriction d'une activité commerciale, même lorsque l'un des éléments de cette activité est un discours. La diffamation, il est vrai, ne cause habituellement de préjudice qu'à la réputation d'une seule personne et non de tout un groupe. Par contre, si on compare la large diffusion que beaucoup de déclarations diffamatoires peuvent avoir dans la presse ainsi que la cristallisation du préjudice qu'elles peuvent engendrer avec l'effet lent et pernicieux de commentaires intolérants relativement isolés, les deux situations ne sont pas nécessairement substantiellement différentes du point de vue de la condition relative à l'«urgence». Certainement du point de vue des droits de l'auteur du discours en cause en tout cas, les affaires d'intolérance ou de diffamation ne mettent en jeu que des propos de peu de valeur, voire d'aucune valeur, et en ce sens ces deux types d'affaires présentent une très grande similitude. Il est donc utile de voir comment la question de l'injonction est traitée dans les affaires de diffamation afin de déterminer comment la notion d'«urgence» doit être définie dans le contexte du par. 13(1) de la *Loi sur les droits de la personne*.

Dans son traité intitulé *Injunctions and Specific Performance* (2^e éd. 1992 (feuilles mobiles)), Robert Sharpe écrit ce qui suit, aux par. 5.40 à 5.70 (pp. 5.2 à 5.4):

[TRADUCTION] La circulation libre et non censurée de l'information et l'important principe de la liberté d'expression revêtent un intérêt public considérable, qu'il convient de protéger . . .

Suivant la règle bien établie, aucune injonction interlocutoire n'est accordée lorsque le défendeur manifeste l'intention de justifier les déclarations reprochées [c'est-à-dire d'en prouver la véracité], à moins que le demandeur ne soit en mesure de convaincre le tribunal, au stade interlocutoire, que les propos sont à la fois clairement diffamatoires et impossibles à justifier.

. . . [i] semble clair que l'arrêt *American Cyanamid* n'a pas d'incidence sur la règle et que la prépondérance des inconvénients n'est pas un facteur.

L'un des arrêts de principe anglais en la matière, *Herbage c. Pressdram Ltd.*, [1984] 1 W.L.R. 1160, présente une grande analogie avec la question

Herbage v. Pressdram Ltd., [1984] 1 W.L.R. 1160, involved the application of the *Rehabilitation of Offenders Act 1974*, which had been enacted by Parliament to prevent indefinite reference to an individual's criminal history, after the individual had served his or her sentence. Based on that specific legislative intention, contended the applicant, an injunction should be issued. Griffiths L.J. (on behalf of himself and Kerr L.J. on a two-judge panel) rejected that approach (at p. 1163):

If the court were to accept this argument, the practical effect would I believe be that in very many cases the plaintiff would obtain an injunction, for on the *American Cyanamid* principles he would often show a serious issue to be tried, that damages would not be realistic compensation, and that the balance of convenience favoured restraining repetition of the alleged libel until trial of the action. It would thus be a very considerable incursion into the present rule which is based on freedom of speech.

In *Rapp v. McClelland & Stewart Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 452, Griffiths J. attempted to define the precise threshold for the granting of an injunction in the following terms (at pp. 455-56):

The guiding principle then is, that the injunction should only issue where the words complained of are so manifestly defamatory that any jury verdict to the contrary would be considered perverse by the Court of Appeal. To put it another way where it is impossible to say that a reasonable jury must inevitably find the words defamatory the injunction should not issue.

... *American Cyanamid* ... has not affected the well established principle in cases of libel that an interim injunction should not be granted unless the jury would inevitably come to the conclusion that the words were defamatory. [Emphasis added.]

This passage has recently been cited with approval in the Quebec Court of Appeal in *Champagne v. Collège d'enseignement général et professionnel (CEGEP) de Jonquière*, [1997] R.J.Q. 2395. Rothman J.A., on this point speaking on behalf of Delisle and Robert J.J.A., went on to comment on

soulevée par la *Loi sur les droits de la personne* en ce qu'il concernait une disposition législative interdisant un certain type de discours. Cet arrêt portait sur l'application de la *Rehabilitation of Offenders Act 1974*, que le Parlement avait édictée afin de prévenir qu'on fasse mention indéfiniment des antécédents criminels d'une personne, après que cette dernière a fini de purger sa peine. Sur le fondement de cette intention précise du législateur, le requérant prétendait qu'une injonction devait lui être accordée. Le lord juge Griffiths (pour la formation de deux juges composée du lord juge Kerr et de lui-même) a rejeté cette thèse (à la p. 1163):

[TRADUCTION] Si la Cour devait accepter cet argument, j'estime que cela aurait pour effet pratique que, dans un très grand nombre de cas, le demandeur obtiendrait une injonction, car souvent, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *American Cyanamid*, il pourrait démontrer qu'il existe une question sérieuse à juger, que des dommages-intérêts ne constituent pas une réparation efficace et que la prépondérance des inconvénients favorise qu'on fasse cesser le libelle jusqu'à l'instruction de l'action. Il s'agirait donc d'une altération considérable de la règle actuelle fondée sur la liberté d'expression.

Dans *Rapp c. McClelland & Stewart Ltd.* (1981), 34 O.R. (2d) 452, le juge Griffiths a tenté de définir, dans les termes suivants, le critère précis applicable pour statuer sur une demande d'injonction (aux pp. 455 et 456):

[TRADUCTION] Par conséquent, le principe directeur est que l'injonction ne devrait être accordée que lorsque les propos reprochés sont si manifestement diffamatoires que tout verdict à l'effet contraire d'un jury serait considéré abusif par la Cour d'appel. Autrement dit, lorsqu'il est impossible d'affirmer qu'un jury raisonnable conclura inévitablement que les propos sont diffamatoires, l'injonction ne doit pas être accordée.

... [l']arrêt *American Cyanamid* [...] n'a pas modifié le principe bien établi en matière de libelle selon lequel une injonction interlocutoire ne doit pas être accordée à moins que le jury conclurait inévitablement que les propos sont diffamatoires. [Je souligne.]

La Cour d'appel du Québec a récemment cité ce passage en l'approuvant, dans *Champagne c. Collège d'enseignement général et professionnel (CEGEP) de Jonquière*, [1997] R.J.Q. 2395. Le juge Rothman qui, sur ce point, s'exprimait également au nom des juges Delisle et Robert, a fait

the constitutional dimension of these common law approaches to the use of the injunctive power (at pp. 2402-3):

With the coming into force of the Canadian Charter and the Quebec Charter, these safeguards protecting freedom of expression and freedom of the press have become even more compelling.

The common law authorities in Canada and the United Kingdom have suggested the guiding principle that interlocutory injunctions should only be granted to restrain in advance written or spoken words in the rarest and clearest of cases — where the words are so manifestly defamatory and impossible to justify that an action in defamation would almost certainly succeed. Given the value we place on freedom of expression, particularly in matters of public interest, that guiding principle has much to recommend it. [Emphasis added.]

These cases indicate quite clearly that the *Cyanamid* test is not applicable in cases of pure speech and, therefore, the appellants are misguided in presuming that this test does apply. As Griffiths L.J. points out in *Herbage v. Pressdram*, *supra*, such a test would seldom, if ever, protect controversial speech. Nor do I believe that the modifications suggested by the appellants sufficiently relieve that problem. The same tests discussed here with respect to restraining potentially defamatory speech should be applied in cases of restraint of potential hate-speech, subject to modification which may prove necessary given the particular nature of bigotry as opposed to defamation. As the question now before us is moot, and as the parties did not address themselves to the appropriate tests, it would be inappropriate to speculate here as to how such distinctions might affect the analysis, if at all.

50 The second factor affecting the exercise of jurisdiction in this case is that the very constitutionality of s. 13(1) is predicated on the absence of remedies of this kind existing in the scheme of the Act. A major issue in *Taylor*, *supra*, which followed on

quelques commentaires sur la dimension constitutionnelle de ces approches établies en common law relativement à l'application du pouvoir d'accorder des injonctions (aux pp. 2402 et 2403):

[TRADUCTION] Avec l'entrée en vigueur de la Charte canadienne et de la Charte du Québec, les garanties protégeant la liberté d'expression et la liberté de presse sont devenues encore plus impérieuses.

La jurisprudence de common law au Canada et au Royaume-Uni a proposé le principe directeur voulant qu'une injonction interlocutoire visant à interdire des propos écrits ou oraux ne doit être accordée que dans les cas les plus manifestes, et extrêmement rares, où les propos sont si manifestement diffamatoires et impossibles à justifier qu'une poursuite en libelle serait presque certainement accueillie. Étant donné la valeur que nous accordons à la liberté d'expression, en particulier dans les affaires d'intérêt public, ce principe directeur a beaucoup en sa faveur. [Je souligne.]

Ces décisions indiquent clairement que le critère établi dans l'arrêt *Cyanamid* ne s'applique pas dans les affaires de liberté d'expression seulement et, par conséquent, les appelants ont tort de présumer que ce critère est applicable. Comme l'a souligné le lord juge Griffiths dans *Herbage c. Pressdram*, précité, un tel critère protégerait rarement des propos controversés, si tant est qu'il les protégerait. Je ne crois pas non plus que les modifications proposées par les appelants atténuent suffisamment la portée de ce problème. Les critères examinés en l'espèce en matière de limitation de propos potentiellement diffamatoires devraient être appliqués aux propos potentiellement intolérants, sous réserve des modifications susceptibles d'être nécessaires compte tenu de la nature particulière de l'intolérance par rapport à la diffamation. Comme la question dont nous sommes saisis est maintenant devenue théorique, et comme les parties n'ont pas débattu des critères appropriés, il ne conviendrait pas de formuler des hypothèses sur les répercussions que ces différences pourraient avoir, le cas échéant, sur l'analyse.

Le deuxième facteur touchant l'exercice de la compétence en l'espèce est que la validité constitutionnelle même du par. 13(1) repose sur l'absence de redressements de ce type dans la Loi. Une question importante dans l'arrêt *Taylor*, précité, qui a

the heels of *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, where the hate speech provision of the *Criminal Code* was narrowly upheld, was whether the absence of an intent requirement in s. 13(1) of the *Human Rights Act* rendered it impermissibly broad under the *Oakes* criteria. On that point, Dickson C.J. stated (at p. 932):

In coming to this conclusion, I do not mean to say that the purpose of eradicating discrimination in all its forms can justify any degree of impairment upon the freedom of expression, but it is well to remember that the present appeal concerns an infringement of s. 2(b) in the context of a human rights statute. The chill placed upon open expression in such a context will ordinarily be less severe than that occasioned where criminal legislation is involved, for attached to a criminal conviction is a significant degree of stigma and punishment, whereas the extent of opprobrium connected with the finding of discrimination is much diminished and the aim of remedial measures is more upon compensation and protection of the victim. [Second emphasis added.]

The constitutional concerns expressed in the *Rapp* and *CEGEP de Jonquière* cases mirror those of Dickson C.J. In my view, those tests would confine the issuance of an injunction to cases where it would be constitutionally justifiable. Elaborations of that test in the context of enforcement of s. 13(1) must be mindful of the guarantee of freedom of expression in the *Charter*. Given the mootness of the disposition of the appeal on this point, I refrain from expressing an opinion on the application of these principles to this case.

Third Question: Was Liberty Net in Contempt of Court?

On this issue, the appellants argue that they were not in contempt on two separate grounds. Their first ground of attack has to do with the validity of the order. As I have found above that the Federal Court had jurisdiction to issue the order, at its highest, the appellants can only suggest that that jurisdiction was exercised wrongly. Such an order is neither void nor nugatory, and violation of its terms constitutes contempt of court.

été rendu dans la foulée de l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, lequel maintenait par une mince majorité la validité de la disposition du *Code criminel* relative à la propagande haineuse, était celle de savoir si le fait que le par. 13(1) de la *Loi sur les droits de la personne* n'exigeait pas la preuve de l'intention avait pour effet de conférer une portée trop large à cette disposition au regard du critère formulé dans *Oakes*. Sur cette question, le juge en chef Dickson a dit ceci (à la p. 932):

Je ne veux pas dire, par cette conclusion, que l'objectif d'éliminer la discrimination sous toutes ses formes peut justifier tout degré d'atteinte à la liberté d'expression, mais il ne faut pas oublier que le présent pourvoi concerne une atteinte à l'al. 2b) résultant d'une loi sur les droits de la personne. La paralysie de la libre expression dans un tel contexte sera normalement moins grave que s'il s'agissait d'une loi pénale, car toute déclaration de culpabilité, au pénal, s'accompagne de stigmates et de peines importants, alors que l'opprobre attaché à une conclusion de discrimination est beaucoup moins grand et qu'en outre les mesures réparatrices visent plutôt la compensation et la protection de la victime. [Deuxième soulignement ajouté.]

Les préoccupations constitutionnelles exprimées dans les affaires *Rapp* et *CEGEP de Jonquière* reflètent celles invoquées par le juge en chef Dickson. À mon avis, ces critères limiteraient la délivrance d'une injonction aux cas où cette réparation est constitutionnellement justifiable. Le raffinement du critère dans le contexte de l'application du par. 13(1) doit tenir compte de la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Étant donné le caractère théorique que revêt cette question dans le présent pourvoi, je m'abstiens d'exprimer une opinion sur l'application de ces principes en l'espèce.

Troisième question: Liberty Net a-t-il commis un outrage au tribunal?

Sur cette question, les appelants affirment qu'ils n'ont pas commis d'outrage au tribunal, et ce pour deux motifs. Le premier motif concerne la validité de l'ordonnance. Comme j'ai conclu plus haut que la Cour fédérale avait compétence pour rendre l'ordonnance, les appelants peuvent tout au plus prétendre que cette compétence a été mal exercée. Dans un tel cas, l'ordonnance n'est ni nulle ni futile, et quiconque contrevient à ses conditions

The words of McLachlin J. in *Taylor, supra*, at pp. 974-75, are both definitive and eloquent on this point:

In my opinion, the 1979 order of the Tribunal, entered in the judgment and order book of the Federal Court in this case, continues to stand unaffected by the *Charter* violation until set aside. This result is as it should be. If people are free to ignore court orders because they believe that their foundation is unconstitutional, anarchy cannot be far behind. The citizens' safeguard is in seeking to have illegal orders set aside through the legal process, not in disobeying them.

... For the purposes of the contempt proceedings, [the order] must be considered to be valid until set aside by legal process. Thus, the ultimate invalidity of the order is no defence to the contempt citation.

52

The appellants' second ground of attack is that the contempt order is inapplicable because it seeks to restrain conduct taking place outside of Canada, and, therefore, beyond the territorial jurisdiction of the Federal Court of Canada. This argument is misguided. The violation being impugned here is not the existence of the phone number in the United States without more, but rather the combined effect of that American phone number with the offending messages, and the referral message to that phone number on Liberty Net's old line. The gravamen of the violation of the order is the communication of the offending messages; that communication takes place by virtue of the advertisement on the Canadian phone line and the broadcast of the message on the American phone line. The former element took place "by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament", as provided for under s. 13 of the *Human Rights Act*. As long as at least part of an offence has taken place in Canada, Canadian courts are competent to exert jurisdiction. As La Forest J. articulates the principle in *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, at pp. 212-13:

porte outrage à la cour qui l'a rendue. Le juge McLachlin s'est exprimée de façon décisive et éloquente sur ce point dans l'arrêt *Taylor*, précité, aux pp. 974 et 975:

À mon avis, tant qu'elle n'aura pas été annulée, l'ordonnance qui a été rendue en l'espèce par le Tribunal en 1979 et inscrite dans le livre des jugements et ordonnances de la Cour fédérale, demeure valide indépendamment de la violation de la *Charte*. Il doit en être ainsi. S'il est permis de désobéir aux ordonnances judiciaires parce qu'on croit que leur fondement est inconstitutionnel, on va vers l'anarchie. Le recours des citoyens est non pas de désobéir aux ordonnances illégales mais à demander en justice leur annulation.

... Pour les fins des procédures pour outrage au tribunal, l'ordonnance doit être considérée comme valide jusqu'à son annulation par les voies de justice. Par conséquent, l'invalidité éventuelle de l'ordonnance ne constitue pas un moyen de défense opposable à la déclaration de culpabilité d'outrage au tribunal.

Le deuxième motif invoqué par les appelants est que l'ordonnance relative à l'outrage au tribunal est inapplicable parce qu'elle vise à interdire des actes accomplis à l'extérieur du Canada et donc hors de la compétence territoriale de la Cour fédérale du Canada. Cet argument est mal fondé. La violation reprochée en l'espèce n'est pas seulement l'existence d'un numéro de téléphone aux États-Unis, mais l'effet combiné de ce numéro et des messages offensants, et la mention de ce numéro dans le message transmis au moyen de l'ancienne ligne téléphonique de Liberty Net. C'est la communication des messages offensants qui constitue le fondement de la violation. Cette communication est faite par l'annonce relative à ces messages sur la ligne téléphonique au Canada et par la diffusion de ceux-ci sur la ligne téléphonique aux États-Unis. Le premier élément a, suivant les termes de l'art. 13 de la *Loi sur les droits de la personne*, été accompli «en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement». Dès qu'au moins une partie de l'infraction est commise au Canada, les tribunaux canadiens sont compétents pour connaître de l'affaire. Le juge La Forest a formulé ainsi ce principe dans l'arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, aux pp. 212 et 213:

As I see it, all that is necessary to make an offence subject to the jurisdiction of our courts is that a significant portion of the activities constituting that offence took place in Canada. As it is put by modern academics, it is sufficient that there be a “real and substantial link” between an offence and this country, a test well-known in public and private international law . . .

This case does not even test the outer limits of that principle. There was here an advertisement for a message which violated the terms of the order, and that advertisement was made in Canada, on the very phone line where the offending messages had formerly been available, and this advertisement was done with knowledge of the content of those messages and with knowledge that that content violated the terms of the order of Muldoon J.

The defendants knowingly violated the order of Muldoon J. and were properly found to be in contempt of court by Teitelbaum J.

The second appeal is dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN AND MAJOR JJ. (dissenting in part) — We have read the reasons of Justice Bastarache. We agree with him that there is no implied grant of jurisdiction to the Federal Court in the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. As well, we agree that the appeal on the contempt conviction should be dismissed. We disagree with his conclusion on s. 44 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

I. Facts

The facts are set out in the decision of Bastarache J.

II. Issues

There are two issues in these appeals. The first issue arises out of the original order of Muldoon J. ([1992] 3 F.C. 155) enjoining the Canadian Liberty Net from operating its telephone message ser-

Selon moi, il suffit, pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, qu’une partie importante des activités qui la constituent, se soit déroulée au Canada. Comme l’affirment les auteurs modernes, il suffit qu’il y ait un «lien réel et important» entre l’infraction et notre pays, ce qui est un critère bien connu en droit international public et privé . . .

La présente affaire ne constitue même pas un cas limite d’application de ce principe. Nous sommes en présence d’une annonce relative à un message qui contrevenait aux conditions de l’ordonnance, annonce faite au Canada au moyen de la ligne téléphonique même par laquelle les messages offensants étaient communiqués, et cette annonce a été faite en toute connaissance de la teneur de ces messages et du fait qu’ils violaient les conditions de l’ordonnance prononcée par le juge Muldoon.

Les défendeurs ont sciemment contrevenu à l’ordonnance du juge Muldoon et ont, à juste titre, été condamnés pour outrage au tribunal par le juge Teitelbaum.

Le second pourvoi est rejeté avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES MCLACHLIN ET MAJOR (dissidents en partie) — Nous avons lu les motifs du juge Bastarache. Nous convenons avec lui que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, n’attribue pas implicitement compétence à la Cour fédérale. Nous sommes nous aussi d’avis de rejeter le pourvoi formé contre la déclaration de culpabilité prononcée pour outrage au tribunal. Nous sommes toutefois en désaccord avec sa conclusion concernant l’art. 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

I. Les faits

Les faits sont exposés dans les motifs du juge Bastarache.

II. Les questions en litige

Les présents pourvois soulèvent deux questions. La première découle de l’ordonnance initiale du juge Muldoon ([1992] 3 C.F. 155) qui interdisait à Canadian Liberty Net d’exploiter son service de

53

54

55

56

57

vice. The second issue concerns the contempt order issued by Teitelbaum J. ([1992] 3 F.C. 504) in response to the relocation of the Canadian Liberty Net to the State of Washington in the United States of America.

A. *Did the Federal Court Have Jurisdiction to Issue an Injunction?*

58 The Federal Court of Canada is a statutory court that derives all its jurisdiction from the *Federal Court Act*. The traditional jurisdiction test for that court is set out by McIntyre J. in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 766:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

59 The first test requires a party seeking to bring a matter before the Federal Court to find an express or implied grant of jurisdiction. In this appeal that jurisdiction will be found if at all in the *Canadian Human Rights Act* or the *Federal Court Act*. Neither of these statutes provides jurisdiction to the Federal Court of Canada to issue an injunction in aid of the Canadian Human Rights Commission pending the determination of a complaint by a Human Rights Tribunal.

(1) Grant of Authority Under s. 25 of the *Federal Court Act*

60 The jurisdiction sections of the *Federal Court Act* exhaustively enumerate all cases over which the Federal Court, Trial Division has jurisdiction. Save for s. 25, it is evident that none of the provisions grant the Federal Court, Trial Division juris-

messages téléphoniques. La deuxième concerne l'ordonnance pour outrage au tribunal rendue par le juge Teitelbaum ([1992] 3 C.F. 504) par suite du déménagement de Canadian Liberty Net dans l'État de Washington, aux États-Unis.

A. *La Cour fédérale avait-elle compétence pour accorder une injonction?*

La Cour fédérale du Canada est un tribunal créé par voie législative qui tire toute sa compétence de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le critère classique permettant de déterminer la compétence de cette cour a été énoncé par le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la p. 766:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Suivant le premier volet du critère, la partie qui désire saisir la Cour fédérale d'une affaire doit être en mesure d'invoquer une attribution expresse ou implicite de compétence. Dans le cadre du présent pourvoi, si cette compétence existe, elle trouvera sa source dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ou la *Loi sur la Cour fédérale*. Ni l'une ni l'autre de ces lois ne confèrent à la Cour fédérale du Canada le pouvoir de prononcer une injonction en faveur de la Commission des droits de la personne pendant qu'un tribunal des droits de la personne statue sur une plainte.

(1) L'attribution de compétence par l'art. 25 de la *Loi sur la Cour fédérale*

Les articles attributifs de compétence de la *Loi sur la Cour fédérale* énumèrent de façon exhaustive tous les cas relevant de la compétence de la Section de première instance de la Cour fédérale. À l'exception de l'art. 25, il est évident qu'aucune

diction to issue the injunction sought in this appeal.

Section 25 reads:

25. The Trial Division has original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in any case in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of the laws of Canada if no other court constituted, established or continued under any of the *Constitution Acts, 1867 to 1982* has jurisdiction in respect of that claim or remedy. [Emphasis added.]

Section 25 grants limited original jurisdiction when there is no other court that can hear the matter. Only in the absence of a forum to rule on a justiciable right is the Federal Court able to rely upon s. 25. This appeal does not qualify as such a case. In *Brotherhood of Maintenance of Way Employees, Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 495, McLachlin J., writing for a unanimous nine-member Court, held that a s. 96 provincial superior court's inherent jurisdiction allowed it to issue an interim "free-standing" injunction in response to a gap in the *Canada Labour Code*.

Section 25 does not support the appellant's claim that the Federal Court has jurisdiction because another court, the Supreme Court of British Columbia, has jurisdiction to issue the precise injunction. While concurrent jurisdiction between the Federal Court and provincial superior courts exists in limited circumstances it is inconsistent with our primarily unitary court system. In *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 728, Dickson J. (as he then was) noted the importance of maintaining this system:

Section 92(14) and ss. 96 to 100 represent one of the important compromises of the Fathers of Confederation. . . . What was conceived as a strong constitutional

disposition ne confère à la Section de première instance le pouvoir de prononcer l'injonction demandée dans le présent pourvoi.

L'article 25 est ainsi rédigé:

25. La Section de première instance a compétence, en première instance, dans tous les cas — opposant notamment des administrés — de demande de réparation ou de recours exercé en vertu du droit canadien ne ressortissant pas à un tribunal constitué ou maintenu sous le régime d'une des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*. [Nous soulignons.]

L'article 25 n'a pour effet que de conférer une compétence limitée, en première instance, sur les affaires dont aucun autre tribunal ne peut être saisi. Ce n'est qu'en l'absence d'un autre tribunal habilité à statuer sur un droit justiciable que la Cour fédérale peut invoquer l'art. 25. Le présent pourvoi ne constitue pas un tel cas. Dans l'arrêt *Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*, [1996] 2 R.C.S. 495, le juge McLachlin, exprimant l'opinion unanime des neuf juges de la Cour, a statué que les cours supérieures provinciales visées à l'art. 96 avaient, en vertu de leur compétence inhérente, le pouvoir d'accorder une injonction interlocutoire «autonome» pour suppléer à une lacune dans le *Code canadien du travail*.

L'article 25 n'étaye pas la prétention de l'appellante que la Cour fédérale a compétence, car une autre cour, la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a compétence pour prononcer l'injonction en cause. Bien que la Cour fédérale et les cours supérieures des provinces exercent une compétence concurrente dans certaines circonstances limitées, cette situation n'est pas conforme à notre système judiciaire de facture principalement unitaire. Dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, à la p. 728, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a souligné l'importance du maintien de ce système:

Le paragraphe 92(14) et les art. 96 à 100 représentent un des compromis importants des Pères de la Confédération [. . .] Ce qu'on concevait comme un fondement

61

62

63

base for national unity, through a unitary judicial system, would be gravely undermined.

Interpretations that result in concurrent jurisdiction are undesirable as they not only detract from our unitary court system, but inevitably result in forum shopping.

(2) Implied Grant of Authority from the Canadian Human Rights Act

64 The Human Rights Commission position was that a careful examination of the *Canadian Human Rights Act* reveals an implied grant of statutory authority to issue an injunction. We agree with Bastarache J. that the scheme of the *Canadian Human Rights Act* does not contemplate the Federal Court granting injunctive relief in support of alleged breaches of the Act. An implied grant of jurisdiction has previously been recognized by the Federal Court of Appeal only when an injunctive remedy was a necessary incident to a Tribunal's function (*New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 F.C. 13). That is not the situation in this appeal.

65 On the contrary, the *Canadian Human Rights Act* arguably negates the power of the Federal Court to grant injunctions restraining speech before a tribunal finds a contravention of s. 13(1) of the Act. Section 13 is the only provision in the Act dealing with communications. It is restricted to repeated communications by telephone likely to expose persons to hatred or contempt identification on the basis of a prohibited ground of discrimination. This Court upheld s. 13 on the basis that its ambit was narrow: *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892. Parliament has adopted a narrow and measured approach to the question of when human rights concerns can trump the constitutional right of free speech. While we agree with Bastarache J. that these concerns

constitutionnel solide de l'unité nationale, au moyen d'un système judiciaire unitaire, serait gravement sapé à sa base.

Les interprétations reconnaissant l'existence d'une compétence concurrente ne sont pas souhaitables, car non seulement dérogent-elles à notre système judiciaire unitaire, mais en plus elles donnent inévitablement lieu à la recherche d'un tribunal favorable.

(2) L'attribution implicite de compétence par la Loi canadienne des droits de la personne

La position de la Commission des droits de la personne est qu'il ressort d'un examen attentif de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* que celle-ci attribue de manière implicite le pouvoir de prononcer une injonction. Nous convenons avec le juge Bastarache que l'économie de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne prévoit pas que la Cour fédérale a le pouvoir d'accorder une injonction dans le cadre d'une plainte pour violation de la Loi. Il est arrivé, dans le passé, que la Cour d'appel fédérale reconnaisse l'existence d'une attribution implicite de compétence, mais seulement lorsque le pouvoir d'accorder une injonction constituait un accessoire nécessaire de la fonction du tribunal (*Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 C.F. 13). Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Au contraire, il est possible de soutenir que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prive la Cour fédérale du pouvoir d'accorder une injonction interdisant une certaine forme d'expression avant qu'un tribunal ait conclu à la violation du par. 13(1) de la Loi. L'article 13 est la seule disposition de la Loi qui porte sur les communications. Il se limite aux communications téléphoniques qui sont faites de façon répétée et qui sont susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base d'un motif de distinction illicite. Notre Cour a confirmé la validité de l'art. 13 pour le motif qu'il a une portée restreinte: *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892. Le législateur fédéral a adopté une approche

might appropriately be raised at the point of applying for an injunction, this does not negate the point that nothing in the *Canadian Human Rights Act* suggests that Parliament intended by that Act to confer on the Federal Court the right to restrain speech alleged to violate the *Canadian Human Rights Act* prior to a hearing by the Commission. On the contrary, the Act suggests that Parliament was willing to trench on free speech only in very particular circumstances.

(3) Section 44 of the Federal Court Act

Section 44 was raised by several of the parties as a possible source of jurisdiction for allowing the Federal Court to grant the injunction.

44. In addition to any other relief that the Court may grant or award, a *mandamus*, injunction or order for specific performance may be granted or a receiver appointed by the Court in all cases in which it appears to the Court to be just or convenient to do so, and any such order may be made either unconditionally or on such terms and conditions as the Court deems just.

The jurisdictional inquiry is twofold: Does s. 44 grant jurisdiction to issue an injunction and does s. 44 provide jurisdiction to grant “free-standing” injunctions? The key words in s. 44 are “[i]n addition to any other relief that the Court may grant or award”. Two interpretations are possible. The appellant argues that “in addition to” refers to the Federal Court’s independent ability to grant any relief or remedy. In contrast, the respondents argue that “in addition to” should be read as a limiting clause, which only permits the exercise of injunctive power that is “ancillary to” other pre-existing

restreinte et mesurée à l’égard de la question de savoir dans quelles circonstances des considérations touchant les droits de la personne peuvent avoir préséance sur le droit à la liberté d’expression garanti par la Constitution. Même si nous convenons avec le juge Bastarache que de telles considérations pourraient à juste titre être soulevées au moment de la demande d’injonction, cela ne réfute pas l’argument que rien dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne tend à indiquer que le législateur fédéral entendait, par cette Loi, conférer à la Cour fédérale le droit d’interdire la forme d’expression qui, prétend-on, viole la *Loi canadienne sur les droits de la personne* avant la tenue d’une audience par la Commission. Au contraire, la Loi tend à indiquer que le législateur fédéral désirait qu’il ne soit porté atteinte à la liberté d’expression que dans des circonstances très particulières.

(3) L’article 44 de la Loi sur la Cour fédérale

Plusieurs des parties ont invoqué l’art. 44 comme source possible du pouvoir permettant à la Cour fédérale d’accorder l’injonction demandée.

44. Indépendamment de toute autre forme de réparation qu’elle peut accorder, la Cour peut, dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire, décerner un *mandamus*, une injonction ou une ordonnance d’exécution intégrale, ou nommer un séquestre, soit sans condition soit selon les modalités qu’elle juge équitables.

L’examen de la compétence se fait en deux temps: L’article 44 confère-t-il la compétence de prononcer une injonction et l’art. 44 attribue-t-il la compétence d’accorder des injonctions «autonomes»? Les mots clés dans l’art. 44 sont «indépendamment de toute autre forme de réparation qu’elle peut accorder». Deux interprétations sont possibles. Les intimés plaident que le mot «[i]ndépendamment» évoque le pouvoir distinct de la cour d’accorder toute forme de réparation ou de redressement. Par contraste, l’appelante prétend que le mot «indépendamment» doit être considéré comme une disposition limitative, qui ne permet l’exercice du pouvoir de prononcer une injonction qu’à titre «accessoire» aux autres redressements que la cour est déjà habilitée à accorder. Nous sommes d’accord

remedies that the Court can grant. We agree with Pratte J.A. and prefer the latter interpretation.

67 In our view, the words “[i]n addition to any other relief that the Court may grant or award” indicate that s. 44 is an ancillary provision, and does not itself grant jurisdiction to the Federal Court, Trial Division. In order to avail itself of s. 44 the Federal Court must possess pre-existing jurisdiction over the subject matter at hand. A similar view was expressed by Rouleau J. in *Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1991] 2 F.C. 455, where he held that s. 44 could not independently authorize the Federal Court to grant injunctive relief when the Court was not vested with jurisdiction under the *Federal Court Act*.

68 Clearly, the Federal Court, Trial Division does not have jurisdiction to hear or determine a complaint based on the *Canadian Human Rights Act*. That task is exclusively assigned to the Canadian Human Rights Commission. It follows that s. 44 does not clothe the Federal Court with jurisdiction to grant an interlocutory injunction.

69 The structure of the *Federal Court Act* is indicative of Parliament’s intent with respect to s. 44 and the jurisdiction of the Federal Court. The Act is divided into divisions with each division set off by a bold heading. Section 44 appears within the division of the *Federal Court Act* headed “Substantive Provisions”, as opposed to the division titled “Jurisdiction of Trial Division”. We are here concerned with an issue of jurisdiction. If the power to grant injunctions in a case such as this is to be found in the *Federal Court Act*, we would expect to find it in ss. 17 to 26, not in s. 44, which finds its place among the residual housekeeping sections of the Act.

70 As the Federal Court, Trial Division is a statutory court, there is no persuasive reason to interpret s. 44 in a broad manner. Bastarache J. sets out a number of other statutory provisions in his judg-

avec le juge Pratte sur ce point et nous préférons la deuxième interprétation.

À notre avis, les mots «[i]ndépendamment de toute autre forme de réparation qu’elle peut accorder» indiquent que l’art. 44 est une disposition accessoire, qui n’est pas elle-même attributive de compétence à la Section de première instance de la Cour fédérale. Pour se prévaloir de l’art. 44, la Cour fédérale doit au préalable avoir compétence sur l’objet du litige à trancher. Le juge Rouleau a exprimé un point de vue analogue dans *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société Radio-Canada*, [1991] 2 C.F. 455, où il a statué que l’art. 44 ne pouvait pas autoriser indépendamment la Cour fédérale à accorder une injonction lorsque la cour n’a pas compétence en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Il est clair que la Section de première instance n’a pas compétence pour connaître des plaintes fondées sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Cette tâche est confiée en exclusivité à la Commission canadienne des droits de la personne. Il s’ensuit que l’art. 44 n’investit pas la Cour fédérale du pouvoir d’accorder une injonction interlocutoire.

La structure de la *Loi sur la Cour fédérale* indique l’intention du Parlement en ce qui concerne l’art. 44 et la compétence de la Cour fédérale. La Loi est divisée en sections, précédées chacune d’un intertitre en caractères saillants. L’article 44 se trouve dans la section de la *Loi sur la Cour fédérale* intitulée «Dispositions de fond», et non dans celle intitulée «Compétence de la Section de première instance». Nous sommes saisis en l’espèce d’une question de compétence. Si le pouvoir d’accorder des injonctions dans un cas comme celui-ci doit trouver sa source dans la *Loi sur la Cour fédérale*, on pourrait s’attendre à ce que ce pouvoir soit prévu aux art. 17 à 26 et non à l’art. 44, lequel se trouve parmi les articles de la Loi qui traitent de régie interne.

Étant donné que la Section de première instance de la Cour fédérale est un tribunal créé par une loi, il n’y a aucune raison convaincante de donner une interprétation large à l’art. 44. Dans ses motifs, le

ment that he reasons aid in ascertaining the proper interpretation of s. 44. Unlike a provincial superior court, the Federal Court's jurisdiction is limited by the statute and does not include residual or inherent jurisdiction. Wilson J. in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at p. 331, stated:

The statutory grant of jurisdiction by Parliament to the Federal Court is contained in the *Federal Court Act*. Because the Federal Court is without any inherent jurisdiction such as that existing in provincial superior courts, the language of the Act is completely determinative of the scope of the Court's jurisdiction.

Clearly, it would be contrary to the explicit language of the *Federal Court Act* and well-established jurisprudence of this Court to recognize jurisdiction that was not conferred on the Federal Court by Parliament. While the provincial superior courts and the Federal Court are both created by statute, the inherent jurisdiction of the s. 96 superior courts is an important distinguishing feature. Their inherent or residual nature was recognized in *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, and by the Privy Council in *Board v. Board*, [1919] A.C. 956, and in 1982 Estey J. in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at pp. 326-27, stated:

The provincial superior courts have always occupied a position of prime importance in the constitutional pattern of this country. They are the descendants of the Royal Courts of Justice as courts of general jurisdiction. They cross the dividing line, as it were, in the federal-provincial scheme of division of jurisdiction, being organized by the provinces under s. 92(14) of the *Constitution Act* and are presided over by judges appointed and paid by the federal government (sections 96 and 100 of the *Constitution Act*).

The appellant is not prevented from seeking an injunction. The only question is: where does it find jurisdiction? It is clear from the *Brotherhood*, *supra*, decision that a provincial superior court has

juge Bastarache fait état de nombreuses autres dispositions législatives qui, raisonne-t-il, aident à dégager la bonne interprétation de l'art. 44. Contrairement à la compétence dont disposent les cours supérieures des provinces, la compétence de la Cour fédérale est limitée par sa loi constitutive et n'est pas assortie d'une compétence résiduelle ou inhérente. Dans l'arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, à la p. 331, le juge Wilson a déclaré ceci:

L'attribution de compétence à la Cour fédérale par le Parlement se trouve dans la *Loi sur la Cour fédérale*. Parce que la Cour fédérale n'a aucune compétence inhérente comme celle des cours supérieures des provinces, c'est le texte de la Loi qui détermine complètement l'étendue de la compétence de la cour.

De toute évidence, il serait contraire au libellé explicite de la *Loi sur la Cour fédérale* ainsi qu'à la jurisprudence bien établie de notre Cour de reconnaître à la Cour fédérale une compétence qui ne lui a pas été conférée par le Parlement. Bien que tant les cours supérieures provinciales que la Cour fédérale aient été créées par voie législative, la compétence inhérente des cours supérieures visées à l'art. 96 est une caractéristique distinctive importante. Leur compétence inhérente ou résiduelle a été reconnue dans l'arrêt *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, ainsi que par le Conseil privé dans *Board c. Board*, [1919] A.C. 956, et par le juge Estey, en 1982, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, aux pp. 326 et 327, où ce dernier a déclaré ce qui suit:

Les cours supérieures des provinces ont toujours occupé une position de premier plan à l'intérieur du régime constitutionnel de ce pays. Ces cours de compétence générale sont les descendantes des cours royales de justice. Constituées par les provinces en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle* et présidées par des juges nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral (les art. 96 et 100 de la *Loi constitutionnelle*), elles franchissent, pour ainsi dire, la ligne de partage des compétences fédérale et provinciale.

Les appelants ne sont pas dans l'impossibilité de demander une injonction. La seule question qui se pose est celle de savoir devant quelle juridiction ils doivent le faire. Il ressort clairement de l'arrêt

the jurisdiction to issue an injunction in the present circumstances.

73 Given the result we have reached it is not necessary to determine the ability of the Federal Court to grant “free-standing” interim injunctions. We would dismiss this appeal on the ground that the Federal Court does not have jurisdiction to grant an injunction under the circumstances of this case.

B. Was Liberty Net in Contempt of Court?

74 The appellants were held in contempt of court by Teitelbaum J. for violating the injunction issued by Muldoon J. McAleer and Canadian Liberty Net argued that if the injunction was issued without jurisdiction it was void, and therefore the conviction should be set aside. We disagree and concur in the result of Bastarache J. and would dismiss the appeal.

Appeal with respect to jurisdiction allowed with costs, MCLACHLIN and MAJOR JJ. dissenting. Appeal with respect to finding of contempt dismissed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent the Canadian Human Rights Commission: William Pentney and Eddie Taylor, Ottawa.

Solicitor for the respondents/appellants Canadian Liberty Net and Tony McAleer: Douglas H. Christie, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: George Thomson, Ottawa.

Solicitor for the intervener the League for Human Rights of B’Nai Brith Canada: David Matas, Winnipeg.

Fraternité, précité, que la cour supérieure d’une province a compétence pour accorder une injonction dans les circonstances de l’espèce.

Étant donné la conclusion à laquelle nous arrivons, il n’est pas nécessaire de décider si la Cour fédérale est habilitée à accorder des injonctions interlocutoires «autonomes». Nous sommes d’avis de rejeter le présent pourvoi pour le motif que la Cour fédérale n’a pas compétence pour accorder une injonction dans les circonstances de l’espèce.

B. Liberty Net a-t-il commis un outrage au tribunal?

Les appelants ont été déclarés coupables d’outrage au tribunal par le juge Teitelbaum pour avoir contrevenu à l’injonction prononcée par le juge Muldoon. McAleer et Canadian Liberty Net ont plaidé que, si l’injonction a été accordée par une cour incompétente, elle est nulle, et que, par conséquent, la déclaration de culpabilité doit être annulée. Nous ne sommes pas d’accord avec cet argument et nous souscrivons au résultat auquel arrive le juge Bastarache. Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi relatif à la compétence accueilli avec dépens, les juges MCLACHLIN et MAJOR sont dissidents. Pourvoi relatif à la déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelante/intimée la Commission canadienne des droits de la personne: William Pentney et Eddie Taylor, Ottawa. 0

Procureur des intimés/appellants Canadian Liberty Net et Tony McAleer: Douglas H. Christie, Victoria.

Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada: George Thomson, Ottawa.

Procureur de l’intervenant la Ligue des droits de la personne B’Nai Brith Canada: David Matas, Winnipeg.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1998 Vol. 1

5^e cahier, 1998 Vol. 1

Cited as [1998] 1 S.C.R. 679-875

Renvoi [1998] 1 R.C.S. 679-875

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1998.

CONTENTS

Chippewas of Kettle and Stony Point v. Canada (Attorney General) 756

Indians — Indian lands — Surrender — Irregularities in surrender process — Surrender valid.

Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada 795

Income tax — Deductions from income — Non-capital losses — Amalgamation of corporations — Predecessor corporation — Meaning of "control" — Corporation acquiring shares of inactive company in order to take advantage of its accumulated non-capital losses — Corporation amalgamating with inactive company — Whether change in control prevented corporation from deducting inactive company's non-capital losses — Whether unanimous shareholder agreement to be considered in

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1998.

SOMMAIRE

Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général) 756

Indiens — Terres indiennes — Abandon — Irrégularités dans le processus d'abandon — Abandon valide.

Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada 795

Impôt sur le revenu — Déductions du revenu — Pertes autres qu'en capital — Fusion de sociétés — Société remplacée — Sens du mot «contrôle» — Société achetant les actions d'une compagnie inactive dans le but de tirer profit des pertes autres qu'en capital que cette dernière avait accumulées — Société fusionnant avec la compagnie inactive — Le changement de contrôle empêchait-il la société de déduire les pertes autres qu'en capital de la compagnie inactive? — Faut-il tenir compte

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

assessing who has de jure control of corporation — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 87(2.1), 111(1), (5).

Neuman v. M.N.R...... 770

Income tax — Dividends — Attribution — Taxpayer incorporating family holding company for tax planning and income splitting purposes — Taxpayer's wife elected sole director of company — Wife declaring dividends on her own and on taxpayer's shares — Whether dividend income received by wife should be attributed to taxpayer for income tax purposes — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(2).

R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd...... 706

Administrative law — Validity of order — Collateral attack on administrative order in penal proceedings — Circumstances in which person charged with failing to comply with administrative order can collaterally attack validity of order — Applicable principles.

Environmental law — Offences — Defences — Validity of administrative order — Order made under provincial environmental protection statute to prevent risk of contamination — Persons to whom order directed not availing themselves of right to appeal under statute and ignoring order — Persons charged with failing to comply with order — Whether these persons can raise validity of order by way of defence — Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141, ss. 17, 146(1a).

R. v. Al Klippert Ltd...... 737

Administrative law — Validity of order — Collateral attack on administrative order in penal proceedings — Circumstances in which person charged with failing to comply with administrative order can collaterally attack validity of order — Applicable principles.

Municipal law — Zoning — Non-conforming use — Order made under provincial planning statute enjoining company to stop operating mine on part of its land — Company not availing itself of right to appeal under statute and ignoring order in part — Company charged with failing to comply with order — Whether company can raise validity of order by way of defence — Planning Act, R.S.A. 1980, c. P-9, ss. 81, 154, 155.

R. v. Charemski..... 679

Criminal law — Directed verdict — Circumstantial evidence — Cause of death unknown — Trial judge directing verdict of acquittal because no reasonable jury could return a verdict of guilty given evidentiary gap as to causation — Whether a directed verdict of acquittal should have been made.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'une convention unanime des actionnaires pour déterminer qui détient le contrôle de jure d'une société? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 87(2.1), 111(1), (5).

Neuman c. M.R.N...... 770

Impôt sur le revenu — Dividendes — Attribution — Contribuable constituant une société de portefeuille familiale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu — Épouse du contribuable élue seule administratrice de la société — Épouse déclarant des dividendes sur ses propres actions et sur celles du contribuable — Le revenu de dividendes touché par l'épouse devrait-il être attribué au contribuable aux fins de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(2).

R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd...... 706

Droit administratif — Validité d'une ordonnance — Contestation incidente d'une ordonnance administrative dans le cadre d'une procédure pénale — Dans quelles circonstances une personne accusée de ne pas s'être conformée à une ordonnance administrative peut-elle en soulever la validité de façon incidente? — Principes applicables.

Droit de l'environnement — Infraction — Moyen de défense — Validité d'une ordonnance administrative — Arrêté pris en vertu d'une loi provinciale sur la protection de l'environnement pour prévenir un risque de contamination — Personnes visées par l'arrêté ne se prévalant pas des mécanismes d'appel prévus à la loi et ignorant l'arrêté — Personnes accusées de ne pas s'être conformées à l'arrêté — Ces personnes peuvent-elles soulever comme moyen de défense la validité de l'arrêté? — Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1980, ch. 141, art. 17, 146(1a).

R. c. Al Klippert Ltd...... 737

Droit administratif — Validité d'une ordonnance — Contestation incidente d'une ordonnance administrative dans le cadre d'une procédure pénale — Dans quelles circonstances une personne accusée de ne pas s'être conformée à une ordonnance administrative peut-elle en soulever la validité de façon incidente? — Principes applicables.

Droit municipal — Zonage — Usage dérogatoire — Ordonnance rendue en vertu d'une loi provinciale sur l'aménagement du territoire enjoignant une compagnie à cesser d'exploiter une carrière sur une partie de son terrain — Compagnie ne se prévalant pas du mécanisme d'appel prévu à la loi et ignorant en partie l'ordonnance — Compagnie accusée de ne pas s'être conformée à l'ordonnance — La compagnie peut-elle soulever comme moyen de défense la validité de l'ordonnance? — Planning Act, R.S.A. 1980, ch. P-9, art. 81, 154, 155.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Jussila..... 755

Criminal law — Sexual assault — Trial judge's guilty verdict not unreasonable — Conviction upheld.

R. v. Reed 753

Criminal law — Motor vehicles — Dangerous driving causing death.

R. v. Reitsma 769

Criminal law — Evidence — Identification — Accused convicted on basis of identification evidence — Verdict cannot reasonably be supported by evidence — Acquittal directed.

Schreiber v. Canada (Attorney General) 841

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Canadian government sending letter of request to Swiss authorities seeking assistance with Canadian criminal investigation — Swiss authorities issuing order for seizure of documents relating to certain bank accounts — Whether Charter applies to letter of request — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Canadian government sending letter of request to Swiss authorities seeking assistance with Canadian criminal investigation — Swiss authorities issuing order for seizure of documents relating to certain bank accounts — Whether Canadian standard for issuance of search warrant had to be satisfied before letter of request was sent — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Charemski 679

Droit criminel — Verdict imposé — Preuve circonstancielle — Cause du décès inconnue — Juge du procès imposant un verdict d'acquiescement pour le motif qu'aucun jury raisonnable ne pourrait conclure à la culpabilité, vu la lacune de la preuve quant au lien de causalité — Y avait-il lieu d'imposer un verdict d'acquiescement?

R. c. Jussila..... 755

Droit criminel — Agression sexuelle — Verdict de culpabilité au procès non déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. c. Reed 753

Droit criminel — Véhicules à moteur — Conduite dangereuse causant la mort.

R. c. Reitsma 769

Droit criminel — Preuve — Identification — Accusé déclaré coupable sur la foi d'une preuve d'identification — Verdict ne pouvant raisonnablement être appuyé par la preuve — Acquiescement ordonné.

Schreiber c. Canada (Procureur général)..... 841

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Lettre de demande envoyée par le gouvernement canadien aux autorités suisses sollicitant leur assistance dans une enquête criminelle canadienne — Ordonnance des autorités suisses intimant la saisie de documents relatifs à certains comptes bancaires — La Charte s'applique-t-elle à la lettre de demande? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie — Lettre de demande envoyée par le gouvernement canadien aux autorités suisses sollicitant leur assistance dans une enquête criminelle canadienne — Ordonnance des autorités suisses intimant la saisie de documents relatifs à certains comptes bancaires — La norme canadienne applicable pour la délivrance d'un mandat de perquisition devait-elle être respectée avant l'envoi de la lettre de demande? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Janusz Charemski *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CHAREMSKI

File No.: 26033.

Hearing and judgment: February 26, 1998.

Reasons delivered: April 9, 1998.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Directed verdict — Circumstantial evidence — Cause of death unknown — Trial judge directing verdict of acquittal because no reasonable jury could return a verdict of guilty given evidentiary gap as to causation — Whether a directed verdict of acquittal should have been made.

This appeal arises from the directed verdict of acquittal of the accused who was charged with the murder of his estranged wife. That directed verdict was based on the trial judge's finding that the Crown had failed to adduce any evidence with respect to one of the essential elements of the crime of murder, causation. The forensic evidence failed to establish definitively that the deceased had died from natural causes, or as a result of an accident, suicide, or homicide. There was no physical evidence in the deceased's apartment of foul play or that the accused had been in the apartment on the night she died. However, the body had been found in a bathtub with the head near the faucets and with evidence of hot-water scalding on the skin. The Crown adduced evidence that the deceased had had affairs with other men and that the parties had a joint life insurance policy of which the accused was the beneficiary. The Crown also established that the accused was in the lobby of the deceased's apartment building on the night in question. The trial judge granted the motion for directed verdict after concluding that there was no evidence that the deceased had been murdered. He concluded that this gap would preclude any reasonable jury from returning a

Janusz Charemski *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CHAREMSKI

N° du greffe: 26033.

Audition et jugement: 26 février 1998.

Motifs déposés: 9 avril 1998.

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

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

Droit criminel — Verdict imposé — Preuve circonstancielle — Cause du décès inconnue — Juge du procès imposant un verdict d'acquittal pour le motif qu'aucun jury raisonnable ne pourrait conclure à la culpabilité, vu la lacune de la preuve quant au lien de causalité — Y avait-il lieu d'imposer un verdict d'acquittal?

Le présent pourvoi fait suite à l'imposition d'un verdict d'acquittal de l'accusé qui avait été inculpé du meurtre de son épouse dont il était séparé. Ce verdict imposé était fondé sur la conclusion du juge du procès que le ministère public n'avait produit aucune preuve quant à l'un des éléments essentiels du crime de meurtre, le lien de causalité. La preuve médico-légale n'établissait pas précisément si le décès était le résultat de causes naturelles, d'un accident, d'un suicide ou d'un homicide. Il n'y avait, dans l'appartement de la victime, aucune preuve matérielle qu'un crime y avait été commis ou que l'accusé s'y était trouvé le soir où elle est décédée. Cependant, le corps a été trouvé dans la baignoire, la tête près des robinets, et portait des marques de brûlures d'eau bouillante. Le ministère public a produit une preuve que la victime avait eu des aventures avec d'autres hommes et que les parties avaient une police d'assurance vie conjointe dont l'accusé était le bénéficiaire. Le ministère public a également établi que, le soir en question, l'accusé se trouvait dans l'entrée de l'immeuble où habitait la victime. Le juge du procès a accueilli la demande de verdict imposé, après avoir conclu qu'il n'y avait aucune preuve que la victime avait été assassinée. Il a statué que cette lacune empêcherait tout jury raisonnable de conclure à la culpabilité. La Cour

verdict of guilty. The Court of Appeal set the directed verdict aside and ordered a new trial.

Held (McLachlin and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Cory, Iacobucci and Bastarache JJ.: The Crown tendered substantial evidence that the accused had both the opportunity and the motive to kill his wife. This evidence directly related to the elements of identity and the requisite mental state for the crime of murder. Moreover, there was some evidence going to the issue of causation. The position and condition of the body as found, although not conclusive on the issue of causation, could have led to the inference that the deceased was the victim of foul play. There was also evidence that the accused had premature knowledge of the manner of death. On being questioned by the police shortly after the death, the accused volunteered that the victim had complained to him previously about falling asleep and nearly drowning in the bathtub. This statement was made prior to any indication by the police of the cause of death.

The fact that this evidence is circumstantial does not mean that it should be kept from the jury. The trial judge should have directed the jury in accordance with the rule that a finding of guilt could only be reached where there is no other rational explanation but that the accused committed the crime. Making that finding is essentially a factual matter arising from an evaluation of the evidence. That assessment is properly left to the jury. Contrary to the finding of the trial judge, there was circumstantial evidence pertaining to the element of causation. Thus, there was no "gap". In any event, whether there is a "gap" is largely a question of fact to be left to a jury properly charged. Judges should not be hasty to encroach on that time-honoured function.

Per McLachlin and Major JJ. (dissenting): The test for a directed verdict in Canada remains whether a properly instructed jury acting reasonably could find guilt beyond a reasonable doubt. Where it is necessary to engage in a limited evaluation of inferences in order to answer this question, as in cases based on circumstantial evidence, trial judges may do so; indeed, they cannot do otherwise in order to discharge their obligation of deter-

d'appel a annulé le verdict imposé et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (les juges McLachlin et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Cory, Iacobucci et Bastarache: Le ministère public a produit une preuve substantielle que l'accusé avait eu l'occasion de tuer son épouse et qu'un mobile avait pu l'inciter à commettre ce crime. Cette preuve se rapportait directement aux éléments d'identité et d'état d'esprit requis pour commettre un meurtre. En outre, il y avait une certaine preuve concernant la question du lien de causalité. La position du corps et l'état dans lequel il se trouvait au moment de sa découverte, quoique non concluants quant à la question du lien de causalité, auraient pu mener à l'inférence que la défunte avait été victime d'un crime. Il y avait aussi une preuve que l'accusé savait déjà comment son épouse était décédée avant qu'on ne le lui apprenne. Interrogé par la police peu après le décès, l'accusé a affirmé spontanément que la victime s'était déjà plainte devant lui qu'elle s'endormait dans la baignoire et avait failli s'y noyer. Cette déclaration a été faite avant que la police ne donne quelque idée de la cause du décès.

Le fait que cette preuve soit circonstancielle ne signifie pas qu'elle devrait être soustraite à l'appréciation du jury. Le juge du procès aurait dû donner au jury des directives conformément à la règle selon laquelle, pour conclure à la culpabilité, il fallait que la seule explication logique soit que l'accusé avait commis le crime. Tirer cette conclusion est essentiellement une question de fait qui résulte d'une appréciation de la preuve. Il appartient au jury de faire cette appréciation. Contrairement à ce que le juge du procès a conclu, il y avait une preuve circonstancielle concernant le lien de causalité. Il n'y avait donc pas de «lacune». De toute façon, la question de savoir s'il y a une «lacune» est, dans une large mesure, une question de fait qui doit être soumise à l'appréciation d'un jury ayant reçu des directives appropriées. Les juges ne devraient pas empiéter à la légère sur cette fonction consacrée par l'usage.

Les juges McLachlin et Major (dissidents): Au Canada, le critère applicable à un verdict imposé demeure le suivant: un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, pourrait-il conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable? Lorsque cela est nécessaire, comme dans les affaires fondées sur une preuve circonstancielle, les juges du procès peuvent procéder à une évaluation limitée des inférences pour répondre à cette question; en fait, ils ne peuvent pas faire autrement pour s'acquitter

mining whether the Crown has established a case that calls on the accused to answer or risk being convicted.

The Crown must adduce sufficient evidence on the issues of identity, causation, the death of the victim and the requisite mental state to pass the hurdle of a motion for a directed acquittal. "Sufficient evidence" must mean sufficient evidence to sustain a verdict of guilt beyond a reasonable doubt; merely to refer to "sufficient evidence" is incomplete since "sufficient" always relates to the goal or threshold of proof beyond a reasonable doubt. In addition, a relationship exists between the elements of identity, causation, the death of victim and requisite mental state. "Identity" means "identity of the murderer". Similarly, the element of mental state presupposes a culpable homicide. The finding that there has been a homicide or culpable cause of death is critical, therefore, in order to speak of identity or mental state. The evidence here was not capable of supporting an inference, beyond a reasonable doubt, that the death was wrongful. The evidence, taken as a whole, was not capable of supporting the conclusion that the accused was guilty beyond a reasonable doubt. Accordingly, the trial judge did not err in allowing the motion for a directed verdict.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; **considered:** *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; **referred to:** *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396; *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181; *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802.

By McLachlin J. (dissenting)

United States of America v. Shephard, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *Ryder v. Wombwell* (1868), L.R. 4 Ex. 32; *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193; *R. v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172; *Curley v. United States*, 160 F.2d 229 (1947); *United States v. Taylor*, 464 F.2d 240 (1972); *United States v. Martinez*, 922 F.2d 914 (1991); *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979); *Tibbs v.*

de leur obligation de déterminer si le ministère public a présenté une preuve que l'accusé doit réfuter, sans quoi il risque d'être déclaré coupable.

Le ministère public doit présenter des éléments de preuve suffisants sur les questions de l'identité, du lien de causalité, du décès de la victime et de l'état d'esprit requis, pour surmonter l'obstacle d'une demande d'acquiescement imposé. L'expression «éléments de preuve suffisants» doit s'entendre d'éléments de preuve suffisants pour étayer un verdict de culpabilité hors de tout doute raisonnable; la simple mention d'«éléments de preuve suffisants» est incomplète étant donné que «suffisants» se rapporte toujours à l'objectif ou au seuil de preuve hors de tout doute raisonnable. De plus, il y a une relation entre les éléments d'identité, de lien de causalité, de décès de la victime et d'état d'esprit requis. «Identité» veut dire «identité de l'auteur du meurtre». De même, l'élément d'état d'esprit présuppose un homicide coupable. La conclusion qu'il y a eu homicide ou cause blâmable de décès est donc cruciale pour pouvoir parler d'identité ou d'état d'esprit. La preuve en l'espèce n'était pas susceptible d'étayer une inférence hors de tout doute raisonnable que le décès avait été causé par une faute. La preuve, dans son ensemble, n'était pas susceptible d'étayer la conclusion que l'accusé était coupable hors de tout doute raisonnable. Par conséquent, le juge du procès n'a commis aucune erreur en accueillant la demande de verdict imposé.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué: *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; **arrêt examiné:** *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; **arrêts mentionnés:** *R. c. Comba*, [1938] R.C.S. 396; *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181; *John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

États-Unis d'Amérique c. Shephard, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *Ryder c. Wombwell* (1868), L.R. 4 Ex. 32; *Metropolitan Railway Co. c. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193; *R. c. Morabito*, [1949] R.C.S. 172; *Curley c. United States*, 160 F.2d 229 (1947); *United States c. Taylor*, 464 F.2d 240 (1972); *United States c. Martinez*, 922 F.2d 914 (1991); *Jackson c. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979); *Tibbs c. Florida*, 457

Florida, 457 U.S. 31 (1982); *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396; *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Authors Cited

- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Delisle, Ronald Joseph. "Evidence — Tests for Sufficiency of Evidence: *Mezzo v. The Queen*" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 389.
- Fishman, Clifford S. *Jones on Evidence: Civil and Criminal*, 7th ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Cooperative Publishing, 1992.
- Gillies, Peter. *Law of Evidence in Australia*, 2nd ed. Sydney: Legal Books, 1991.
- McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1992.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated November 1997).
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Tanovich, David M. "Monteleone's Legacy: Confusing Sufficiency with Weight" (1994), 27 C.R. (4th) 174.
- Tapper, Colin. *Cross and Tapper on Evidence*, 8th ed. London: Butterworths, 1995.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1997] O.J. No. 1942 (QL), setting aside a directed verdict of acquittal by Flinn J. Appeal dismissed, McLachlin and Major JJ. dissenting.

Clay M. Powell, Q.C., and *Gordon D. Cudmore*, for the appellant.

Susan G. Ficek, for the respondent.

The judgment of Cory, Iacobucci and Bastarache JJ. was delivered by

¹ BASTARACHE J. — The main question in this appeal is whether the Court of Appeal erred in setting aside the trial judge's directed verdict of acquittal. In my opinion, it did not. As will be

U.S. 31 (1982); *R. c. Comba*, [1938] R.C.S. 396; *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a(i).

Doctrine citée

- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Delisle, Ronald Joseph. «Evidence — Tests for Sufficiency of Evidence: *Mezzo v. The Queen*» (1987), 66 *R. du B. can.* 389.
- Fishman, Clifford S. *Jones on Evidence: Civil and Criminal*, 7th ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Cooperative Publishing, 1992.
- Gillies, Peter. *Law of Evidence in Australia*, 2nd ed. Sydney: Legal Books, 1991.
- McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1992.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated November 1997).
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Tanovich, David M. «Monteleone's Legacy: Confusing Sufficiency with Weight» (1994), 27 C.R. (4th) 174.
- Tapper, Colin. *Cross and Tapper on Evidence*, 8th ed. London: Butterworths, 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1997] O.J. No. 1942 (QL), qui a annulé un verdict d'acquittal imposé par le juge Flinn. Pourvoi rejeté, les juges McLachlin et Major sont dissidents.

Clay M. Powell, c.r., et *Gordon D. Cudmore*, pour l'appellant.

Susan G. Ficek, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Cory, Iacobucci et Bastarache rendu par

LE JUGE BASTARACHE — La principale question du présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en annulant le verdict d'acquittal imposé par le juge du procès. À mon

shown below, when the evidence is assessed in light of the correct test for a directed verdict, the appeal should be dismissed.

The “No Evidence” Test

The leading case on the issue of directed verdicts is *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, which sets out the test to determine whether a case should go to a jury in these terms, at p. 1080: “whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty”. See also *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, at p. 160. In other words, a motion for a directed verdict should not be granted “in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction”. See *Shephard*, at p. 1080.

For there to be “evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty” in accordance with the *Shephard* test (at p. 1080), the Crown must adduce some evidence of culpability for every essential definitional element of the crime for which the Crown has the evidential burden. See Sopinka et al., *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 136. Thus, in a murder prosecution, the Crown must adduce evidence on the issues of identity, causation, the death of the victim and the requisite mental state. If the Crown fails to adduce any evidence to discharge the evidential burden on any of these issues, the trial judge should direct a verdict of acquittal.

There was, at one time, some confusion about the applicability of this test where the Crown’s case with respect to any or all of the elements of the crime rested entirely on circumstantial evidence. In *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396, at p. 397, it was suggested that where the Crown’s case rests on circumstantial evidence, the trial

avis, elle n’a pas commis d’erreur. Comme nous le verrons plus loin, l’appréciation de la preuve en fonction du critère applicable à un verdict imposé commande le rejet du pourvoi.

Le critère de «l’absence de preuve»

L’arrêt de principe en matière de verdicts imposés est *États-Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, qui énonce, à la p. 1080, le critère applicable pour décider si un jury devrait être saisi d’une affaire: il s’agit de savoir s’«il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable [comprendre «raisonnable»], ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité». Voir également *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, à la p. 160. Autrement dit, une demande de verdict imposé devrait être rejetée «chaque fois qu’il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s’ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité». Voir *Shephard*, à la p. 1080.

Pour qu’il y ait des éléments de preuve au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité, selon le critère de l’arrêt *Shephard*, à la p. 1080, le ministère public doit, pour s’acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombe, présenter quelque preuve de culpabilité pour chaque élément essentiel de la définition du crime reproché. Voir l’ouvrage de Sopinka et autres, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 136. Ainsi, dans des poursuites pour meurtre, le ministère public doit présenter des éléments de preuve sur les questions de l’identité, du lien de causalité, du décès de la victime et de l’état d’esprit requis. Si le ministère public ne présente aucune preuve pour s’acquitter du fardeau qui lui incombe relativement à l’une ou l’autre de ces questions, le juge du procès devrait imposer un verdict d’acquiescement.

Il a déjà régné une certaine confusion au sujet de l’applicabilité de ce critère dans les cas où le ministère public disposait uniquement d’une preuve circonstancielle relativement à l’un ou à l’ensemble des éléments du crime reproché. Dans l’arrêt *R. c. Comba*, [1938] R.C.S. 396, à la p. 397, la Cour a affirmé que, lorsque le ministère public

2

3

4

judge can himself apply the rule in *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, (i.e., that to convict on circumstantial evidence, the evidence must not permit any other rational conclusion but that the accused is guilty) and direct a verdict. Any confusion on this point was cleared up by this Court's unanimous judgment (McIntyre J. writing for Dickson C.J. and Estey, Lamer (as he then was), Wilson, Le Dain, and La Forest JJ.) in *Monteleone*, *supra*, at p. 161:

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. [Emphasis added.]

Where the evidence is purely circumstantial, this Court made it quite clear, at p. 161, that the issue of whether the standard set in *Hodge's Case* has been met is a matter for the jury, and not the judge: "The question of whether circumstantial evidence meets the requirement of the so-called rule in *Hodge's Case* . . . is for the jury to determine. This was settled in *Mezzo* [*Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802]" (emphasis added). In other words, whether or not there is a rational explanation for that evidence other than the guilt of the accused, is a question for the jury. To my mind, this view is dispositive of this case and the Court need go no further than to rely on this authority.

Application to this Appeal

5 As noted above, in a murder prosecution, the Crown must adduce sufficient evidence on the issues of identity, causation, the death of the victim and the requisite mental state. The core issue in this appeal is whether the evidence led by the

ne dispose que d'une preuve circonstancielle, le juge du procès peut lui-même appliquer la règle de l'arrêt *Hodge* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, (c'est-à-dire que, pour fonder une déclaration de culpabilité sur une preuve circonstancielle, la preuve ne doit permettre de tirer aucune autre conclusion logique) et imposer un verdict. Toute confusion sur ce point a été dissipée par l'arrêt unanime que notre Cour (le juge McIntyre au nom du juge en chef Dickson et des juges Estey, Lamer (maintenant Juge en chef), Wilson, Le Dain et La Forest) a rendu dans l'affaire *Monteleone*, précitée, à la p. 161:

Lorsqu'on présente au tribunal un élément de preuve admissible, directe 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. [Je souligne.]

Dans les cas où la preuve est purement circonstancielle, notre Cour a dit très clairement, à la p. 161, qu'il appartient au jury et non pas au juge de décider s'il a été satisfait au critère de l'arrêt *Hodge*: «La question de savoir si la preuve circonstancielle satisfait à l'exigence de la règle dite de l'arrêt *Hodge* [...] doit être tranchée par le jury. Cette question a été réglée dans l'arrêt *Mezzo* [*Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802]» (je souligne). En d'autres termes, il appartient au jury de déterminer s'il existe, à l'égard de cette preuve, une autre explication logique que la culpabilité de l'accusé. À mon avis, ce point de vue est déterminant en l'espèce et la Cour n'a qu'à s'en remettre à cet arrêt.

Application au présent pourvoi

Comme nous l'avons vu, dans des poursuites pour meurtre, le ministère public doit présenter des éléments de preuve suffisants sur les questions de l'identité, du lien de causalité, du décès de la victime et de l'état d'esprit requis. Il s'agit principale-

Crown at trial met the requirements of the *Shephard* test by adducing sufficient evidence of causation.

As the trial judge noted, the forensic evidence did not establish that the deceased was murdered and was inconclusive on this point. Two medical experts examined the body and were unable to determine definitively whether the deceased died from natural causes, or as a result of an accident, suicide or homicide. The trial judge concluded that “from an examination of the body, as a matter of law, there is no evidence that she met with foul play or that, in the words of the definition of homicide, that somebody caused her death”. The evidence in the deceased’s apartment also did not establish any foul play. The trial judge concluded that “with respect to the apartment, there is no evidence of a homicide other than the fact that the body is there”. Finally, the Crown presented no direct evidence (e.g., fingerprints or eyewitness testimony) placing the accused in his wife’s apartment on the night she died, and no evidence that he actually knew of the manner of her death before being informed by the police. On the basis of these observations, the trial judge concluded that there was no evidence on the issue of causation, a gap which would preclude any reasonable jury from returning a verdict of guilty.

It is necessary and useful to review the other evidence adduced by the Crown, and the possible inferences that could be drawn therefrom, before addressing the significance of the purportedly missing element of the Crown’s case, as perceived by the trial judge. First, the Crown adduced evidence relating to animus and to motive. The appellant and the deceased had a difficult marriage marked by periods of separation. During one such period, the deceased began a relationship with another man, which the appellant found “shameful” and which had made him feel “like an idiot”.

ment, en l’espèce, de savoir si les éléments de preuve présentés par le ministère public au procès satisfaisaient aux exigences du critère de l’arrêt *Shephard* en apportant une preuve suffisante du lien de causalité.

Comme l’a souligné le juge du procès, la preuve médicolégal n’établissait pas que la victime avait été assassinée et n’était pas concluante à cet égard. Les deux médecins légistes qui ont examiné le corps de la victime n’ont pas été en mesure de déterminer précisément si le décès était le résultat de causes naturelles, d’un accident, d’un suicide ou d’un homicide. Le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] «l’examen du corps n’établit pas, en droit, qu’elle a été victime d’un crime ou, pour reprendre la définition de l’homicide, que quelqu’un a causé sa mort». Les éléments de preuve recueillis dans l’appartement de la victime n’établissaient pas non plus qu’elle avait été victime d’un crime. Le juge du procès a statué que, [TRADUCTION] «en ce qui concerne l’appartement, il n’y a aucune preuve d’homicide outre le fait que le corps de la victime s’y trouvait». Enfin, le ministère public n’a présenté aucune preuve directe (par exemple, des empreintes digitales ou des déclarations de témoins oculaires) que l’accusé se trouvait dans l’appartement de son épouse le soir où elle est décédée, ni aucune preuve que l’accusé savait déjà comment son épouse était décédée avant d’en être informé par la police. Sur la foi de ces observations, le juge du procès a statué qu’il n’y avait aucune preuve de lien de causalité, une lacune qui empêcherait tout jury raisonnable de conclure à la culpabilité.

Il est nécessaire et utile d’examiner les autres éléments de preuve présentés par le ministère public et les inférences qui pouvaient en être faites, avant d’aborder la question de l’importance de l’élément qui, selon le juge du procès, manquerait dans la preuve du ministère public. Premièrement, le ministère public a présenté des éléments de preuve concernant l’état d’esprit (*animus*) et le mobile. L’appelant et la victime ont eu un mariage difficile marqué par des périodes de séparation. Pendant l’une de ces périodes, la victime a noué avec un autre homme une liaison que l’appelant a

The appellant told police that the deceased had taken lovers in the past and was always "making problems" for him. On one occasion, the deceased told her doctor that she was afraid of staying with her husband and wanted to move away from him, and the doctor told the deceased about a women's shelter. The deceased also once told a friend that the appellant was verbally abusive and that she was afraid of him. The Crown also led evidence suggesting the appellant may have had a financial motive to kill his wife. The appellant, who receives social assistance, held a life insurance policy on the deceased in the amount of \$50,000. The Crown adduced evidence to establish that this represents a great deal of money in Poland, where the appellant (who is Polish) has been living on and off for the past five years. On the basis of these facts, the Crown, in my opinion, adduced sufficient evidence from which a jury, properly instructed, could have inferred the requisite mental state for the homicide. That is, the jury could have inferred from the evidence of animus and financial motive that the accused intended to kill his wife.

8 The issue of identity was not disputed. The appellant admitted that he was present at the deceased's apartment building on the night she died, and that he had telephoned her. This admission also allowed the Crown to present evidence of opportunity. The appellant clearly made a great effort to see his wife on Christmas Eve, travelling by plane and bus from Vancouver to London, Ontario. During the second telephone call to his wife, the appellant asked whether she was alone; the deceased then asked her friends to leave so that she could speak to the appellant. It is not clear whether she knew at that point that the appellant was in town, or whether she thought she would be speaking with him on the telephone from Vancouver. Finally, the appellant failed to account for the time between his arrival at the deceased's apartment building (11:00 p.m.) and the time he was

qualifiée de [TRADUCTION] «honteuse» et qui lui a donné l'impression d'être un «imbécile». L'appellant a dit à la police que la victime avait eu des amants dans le passé et qu'elle lui causait toujours des «ennuis». À un moment donné, la victime avait dit à son médecin que vivre avec son époux l'effrayait et qu'elle voulait le quitter, et le médecin lui avait alors parlé d'une maison d'hébergement pour femmes. La victime avait également parlé à un ami de la violence verbale de l'appelant et lui avait dit qu'elle avait peur de lui. Le ministère public a également présenté des éléments de preuve laissant supposer qu'un mobile financier pouvait avoir incité l'appelant à tuer son épouse. L'appelant, qui touche de l'aide sociale, était titulaire d'une police d'assurance de 50 000 \$ sur la vie de la victime. Le ministère public a produit des éléments de preuve établissant que cela représente une somme d'argent considérable en Pologne, où l'appelant (qui est Polonais) vit de façon sporadique depuis cinq ans. Compte tenu de ces faits, j'estime que le ministère public a présenté suffisamment d'éléments de preuve au vu desquels un jury, ayant reçu des directives appropriées, aurait pu inférer l'existence de l'état d'esprit requis pour commettre l'homicide. Autrement dit, le jury aurait pu inférer de la preuve de l'état d'esprit et du mobile financier que l'accusé avait l'intention de tuer son épouse.

La question de l'identité n'a pas été contestée. L'appelant a avoué qu'il se trouvait dans l'immeuble où habitait la victime, le soir où elle est décédée, et qu'il lui avait téléphoné. Cet aveu a aussi permis au ministère public de présenter une preuve de l'occasion de perpétrer l'infraction. L'appelant s'est manifestement donné beaucoup de mal pour rencontrer son épouse la veille de Noël, prenant l'avion et l'autobus pour aller de Vancouver à London (Ontario). Lors du deuxième appel téléphonique qu'il a fait à son épouse, l'appelant lui a demandé si elle était seule; la victime a alors demandé à ses amis de quitter les lieux pour qu'elle puisse s'entretenir avec l'appelant. On ignore si elle savait alors que l'appelant se trouvait en ville, ou si elle croyait qu'il lui téléphonait de Vancouver. Enfin, l'appelant n'a pu dire ce qu'il a fait entre son arrivée à l'immeuble où habitait la

picked up by a taxi and left for Toronto (12:30 a.m.). The deceased died at some point between 11:00 p.m. and 1:00 a.m. The deceased's key to her apartment could not be found. Clearly, a jury could infer from the evidence that the appellant had the opportunity to kill his wife.

The Crown also presented evidence that the appellant had premature knowledge of the manner of his wife's death. Three days after the deceased died, the police interviewed the appellant by telephone. The appellant stated in that conversation that the deceased had complained about being short of money, being sick, and forgetting things. He told police that she was in poor health and abused drugs. The appellant then volunteered that the deceased had complained to him about falling asleep in the bathtub sometimes for an hour or two, and that the deceased had told him she almost drowned on a couple of occasions. At that point in the conversation, the police had not yet discussed how the deceased had died, and the appellant had not yet heard from another source. The jury could have inferred that the appellant knew of the manner of his wife's death because he was present when she died, and further, because he caused her death.

Returning to the issue of causation, the Crown presented evidence related to the condition of the deceased's body. Although the forensic evidence was inconclusive in the sense that there was no proof of homicide (for example, neck trauma resulting from strangulation), it is also true that the forensic tests turned up no evidence consistent with death by natural causes, accident, drug overdose or suicide. Moreover, the location of the body in scalding water with the head near the faucets provided evidence from which a jury could have inferred that the deceased was in fact the victim of foul play.

In my opinion, the Crown thus presented sufficient evidence from which a reasonable jury, properly instructed, could return a verdict of guilty,

victime (à 23 h) et le moment où il est monté dans un taxi pour se rendre à Toronto (à minuit et demi). La victime est décédée entre 23 h et 1 h. On n'a pas retrouvé la clé de son appartement. De toute évidence, un jury pourrait inférer de la preuve que l'appelant a eu l'occasion de tuer son épouse.

Le ministère public a également présenté une preuve que l'appelant savait déjà comment son épouse était décédée avant qu'on ne le lui apprenne. Trois jours après le décès de la victime, la police a eu un entretien téléphonique avec l'appelant. L'appelant a alors affirmé que la victime s'était plainte de manquer d'argent, d'être malade et d'oublier des choses. Il a dit à la police qu'elle n'était pas en bonne santé et qu'elle se droguait. L'appelant a ensuite affirmé spontanément que la victime s'était plainte devant lui qu'elle s'endormait parfois dans la baignoire et y dormait pendant une heure ou deux, et qu'elle avait failli se noyer à deux ou trois reprises. À ce moment-là, la police n'avait pas encore discuté avec l'appelant de la façon dont son épouse était décédée et celui-ci ne l'avait encore appris de personne d'autre. Le jury aurait pu en déduire que l'appelant savait comment son épouse était décédée parce qu'il était présent au moment de son décès et, de surcroît, parce qu'il avait lui-même causé sa mort.

Pour revenir à la question du lien de causalité, le ministère public a présenté des éléments de preuve sur l'état dans lequel se trouvait le corps de la victime. Bien que la preuve médico-légale ne fût pas concluante en ce sens qu'il n'y avait aucune preuve d'homicide (par exemple, la présence de marques de strangulation sur le cou de la victime), il est également vrai que les tests médico-légaux n'ont mis à jour aucune preuve permettant de conclure que le décès était le résultat de causes naturelles, d'un accident, d'une surdose de drogue ou d'un suicide. En outre, le fait que le corps gisait dans de l'eau bouillante, la tête près des robinets, constituait un élément de preuve au vu duquel un jury aurait pu inférer que la défunte avait été victime d'un crime.

À mon avis, le ministère public a donc présenté des éléments de preuve suffisants au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives

9

10

11

notwithstanding the fact that the cause of death was unexplained. Both the position and condition of the body as found, and the indications of the appellant's premature knowledge of the manner of death, constitute circumstantial evidence pertaining to the cause of death. This conclusion is based largely on this Court's decision in *Monteleone*, *supra*, where the appellant appealed the reversal of the trial's judge directed verdict on charges of arson. The relevant portions of that case (beginning at p. 162), which raised substantially the same issues as the present appeal, are worth repeating in full:

Turning now to the case at bar, the appellant does not dispute the validity of the *Shepard* test. As I understand the principal argument advanced for the appellant, it is that there was no evidence as to the cause of the fire. It is asserted that the evidence of fire inspector McLean does not afford the basis for any finding that the fire was of an incendiary origin. The most that can be made of it is that the cause of the fire is unexplained. This proposition is vital to the appellant's argument and, in his view, is decisive. If there is no evidence of an incendiary origin for the fire, there is no evidence of the commission of a crime. [Emphasis added.]

I pause here to emphasize again that, as in *Charemski*, the "gap" in the evidence of the Crown on which the defendant is focusing relates to the causation of the harm. McIntyre J. squarely addresses this contention, first quoting Lacourcière J.A. ((1982), 67 C.C.C. (2d) 489, at p. 493) at pp. 162-63:

In most prosecutions for arson, the Crown must depend on circumstantial evidence. The circumstances must be sufficient to exclude every reasonable hypothesis other than a wilful and intentional burning in order to rebut the presumption that the burning was of accidental or natural origin. However, the facts and circumstances which tend to prove the incendiary origin of a fire are often inter-woven, as in the present case, with other facts and circumstances which tend to connect the accused with the crime such as the presence of a motive,

appropriées, pourrait conclure à la culpabilité, même si la cause du décès demeure inexpliquée. La position du corps et l'état dans lequel il se trouvait au moment de sa découverte, ainsi que les indications que l'appellant savait déjà comment son épouse était décédée avant qu'on ne le lui apprenne, constituent une preuve circonstancielle relative à la cause du décès. Cette conclusion est fondée en grande partie sur l'arrêt *Monteleone*, précité, de notre Cour, dans lequel l'appellant se pourvoyait contre l'annulation du verdict imposé par le juge du procès à l'égard d'accusations de crime d'incendie. Les passages pertinents de cette affaire (à partir de la p. 162), qui soulevait essentiellement les mêmes questions que le présent pourvoi, méritent d'être reproduits en entier:

Si on examine maintenant l'espèce, l'appellant ne conteste pas la validité du critère de l'arrêt *Shepard*. Selon mon interprétation de l'argument principal présenté par l'appellant, il n'y a aucun élément de preuve relatif à la cause de l'incendie. On allègue que le témoignage de McLean, l'inspecteur du service des incendies, ne permet pas de conclure que le sinistre était d'origine criminelle. Le plus qu'on peut en tirer, c'est que la cause de l'incendie est inexpliquée. Cette proposition est vitale pour l'argument de l'appellant et à son avis elle est décisive. S'il n'y a pas d'éléments de preuve indiquant que le sinistre est d'origine criminelle, il n'y a aucun élément de preuve quant à la perpétration d'un crime. [Je souligne.]

Je prends ici le temps de souligner une fois de plus que, dans cette affaire, comme en l'espèce, la «lacune» dans la preuve du ministère public, sur laquelle l'appellant met l'accent, a trait au lien de causalité. Le juge McIntyre traite directement de cette prétention, en citant d'abord les propos du juge Lacourcière de la Cour d'appel ((1982), 67 C.C.C. (2d) 489, à la p. 493), aux pp. 162 et 163:

[TRADUCTION] Dans la plupart des poursuites en matière de crime d'incendie, la poursuite doit se fonder sur la preuve circonstancielle. Les circonstances doivent être suffisantes pour exclure toute hypothèse raisonnable autre que le fait d'avoir mis le feu volontairement et de manière intentionnelle pour réfuter la présomption selon laquelle l'incendie était d'origine accidentelle ou naturelle. Toutefois, les faits et les circonstances qui tendent à prouver l'incendie criminel sont souvent entremêlés, comme en l'espèce, avec d'autres faits et circonstances

and the clear opportunity of the accused together with his subsequent incriminatory statements.

In this connection, the Crown had adduced evidence from which the jury could reasonably infer that the respondent had a motive to set fire to the building; the learned trial judge made no reference to motive in his ruling. It is conceded by Mr. Watt that the evidence of motive is not overwhelming. However, the circumstances of the respondent's indebtedness to the bank and to his suppliers, the fireman's evidence that there was not much stock visible when he entered the respondent's premises despite the purchase of large quantities of garments, the arrears of rent and the insurance coverage were sufficient to leave the question of motive for the consideration of the jury. [Emphasis added.]

McIntyre J. continued, at p. 164:

May then evidence of other matters — motive, opportunity, financial difficulty and possibility of gain — be considered as evidence going to prove the crime of arson?

The courts have frequently recognized the fact that the *corpus delicti*, that is, the act which constitutes the crime, in this case the setting of the fire, may be proved by circumstantial evidence. This subject is dealt with at Chapter 17, and following chapters, of McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984). At page 541, the author refers to the words of Wills, *An Essay on the Principles of Circumstantial Evidence* (6th ed. 1912), at p. 326:

It is clearly established law that it is not necessary that the *corpus delicti* should be proved by direct and positive evidence, and it would be most unreasonable to require such evidence. Crimes, and especially those of the worst kinds, are naturally committed at chosen times, and in darkness and secrecy; and human tribunals must act upon such indications as the circumstances of the case present. . . . [Emphasis added.]

And finally he concludes, at p. 166:

I am therefore of the opinion that the Court of Appeal was correct in holding that the incendiary origin of the fire could be inferred from other inculpatory circumstances which could link the accused to the fire.

qui tendent à relier l'accusé avec le crime comme la présence d'un mobile, et l'occasion évidente de le perpétrer ainsi que les déclarations incriminantes subséquentes de l'accusé.

À cet égard, le ministère public a présenté les éléments de preuve à partir desquels le jury pouvait raisonnablement déduire que l'intimé avait un mobile pour mettre le feu à l'immeuble; le juge du procès n'a nullement mentionné ce mobile dans sa décision. M^e Watt admet que l'élément de preuve du mobile n'est pas accablant. Toutefois, les circonstances de l'endettement de l'intimé envers la banque et envers ses fournisseurs, le témoignage du pompier selon lequel il n'y avait pas beaucoup de marchandises lorsqu'il est entré dans la boutique de l'intimé malgré l'achat de grandes quantités de vêtements, les arriérés de la location et la couverture de l'assurance étaient suffisants pour permettre de poser la question du mobile au jury. [Je souligne.]

Le juge McIntyre poursuit, à la p. 164:

Alors d'autres éléments qui sont établis — le mobile, l'occasion de perpétrer l'infraction, les difficultés financières et la possibilité de réaliser un profit — doivent-ils être considérés comme des éléments de preuve pour démontrer le crime d'incendie?

Les tribunaux ont souvent reconnu le fait que le *corpus delicti*, c'est-à-dire, l'acte qui constitue le crime, soit en l'espèce le fait de mettre le feu, peut être démontré au moyen d'une preuve circonstancielle. Ce sujet est traité aux chapitres 17 et suivants de l'ouvrage de McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984). À la page 541, l'auteur renvoie au passage de Wills, *An Essay on the Principles of Circumstantial Evidence* (6th ed. 1912), à la p. 326:

[TRADUCTION] Il est clairement établi en droit qu'il n'est pas nécessaire de démontrer le *corpus delicti* au moyen d'une preuve directe et positive et il serait très déraisonnable d'exiger une telle preuve. Les crimes et spécialement les pires, sont évidemment commis à des moments choisis, dans l'obscurité et le secret; et les tribunaux humains doivent agir d'après les indications qui découlent des circonstances de l'affaire . . . [Je souligne.]

Et enfin, il conclut, à la p. 166:

Par conséquent, je suis d'avis que la Cour d'appel a conclu à bon droit qu'on pouvait déduire que le sinistre était d'origine criminelle à partir d'autres circonstances incriminantes qui pourraient relier l'accusé à l'incendie.

Just as was the case in *Monteleone, supra*, “evidence of other matters — motive, opportunity, financial difficulty and possibility of gain — [could] be considered as evidence going to prove the crime”, and it was not necessary for the Crown to adduce direct evidence of the *corpus delicti*. Indeed, I would suggest that there is in fact more evidence in this case than was available in *Monteleone*. There, there was no evidence whatsoever as to the cause of the fire; here, we have the deceased in the bathtub with her head at the faucet end. There are hot water burns on the skin, but not on the lungs. This constitutes at least some — albeit not compelling evidence — of foul play.

12 Nor does the peculiar nature of the arson in *Monteleone* distinguish that case from this one. McIntyre J. specifically refers, at p. 165, to a previous Supreme Court case as authority for his position which involved an accusation of theft (*R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181).

13 In my view, the trial judge should have directed the jury according to the requirement that a finding of guilt could only be made where there was no other rational explanation for the circumstantial evidence but that the defendant committed the crime (*John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781, at pp. 791-92; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860, at p. 881; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at p. 843). Making that finding is essentially a factual matter arising from an evaluation of the evidence. That assessment is properly left to the jury. Judges should not be hasty to encroach on that time-honoured function, particularly where well-established principles articulated in this Court provide clear guidance on the circumstances in which a question may be withheld from the jury.

14 I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin and Major JJ. were delivered by

Comme dans l'affaire *Monteleone*, précitée, «d'autres éléments qui sont établis — le mobile, l'occasion de perpétrer l'infraction, les difficultés financières et la possibilité de réaliser un profit — [pourraient] être considérés comme des éléments de preuve pour démontrer le crime», et le ministère public n'était pas tenu de présenter de preuve directe du *corpus delicti*. En fait, je dirais qu'il y a plus d'éléments de preuve en l'espèce qu'il y en avait dans *Monteleone*. Dans cette affaire, il n'y avait absolument aucune preuve de la cause de l'incendie. En l'espèce, la victime a été trouvée dans la baignoire, la tête près des robinets. La peau portait des marques de brûlures d'eau bouillante, mais pas les poumons. Cela constitue à tout le moins une preuve, quoique non convaincante, qu'un crime a été commis.

La nature particulière du crime d'incendie dans l'affaire *Monteleone* ne permet pas non plus d'établir une distinction entre cette affaire et le présent cas. À la page 165, le juge McIntyre cite expressément, à l'appui de son point de vue, un arrêt de la Cour suprême où il était question d'une accusation de vol (*R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181).

À mon avis, le juge du procès aurait dû donner au jury des directives lui précisant que, pour conclure à la culpabilité, il fallait que la seule explication logique de la preuve circonstancielle soit que le défendeur avait commis le crime (*John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781, aux pp. 791 et 792; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860, à la p. 881; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, à la p. 843). Tirer cette conclusion est essentiellement une question de fait qui résulte d'une appréciation de la preuve. Il appartient au jury de faire cette appréciation. Les juges ne devraient pas empiéter à la légère sur cette fonction consacrée par l'usage, surtout lorsque des principes bien établis énoncés par notre Cour indiquent clairement dans quelles circonstances une question peut être soustraite à l'appréciation du jury.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges McLachlin et Major rendus par

MCLACHLIN J. (dissenting) — I have read the reasons of Justice Bastarache. I respectfully disagree.

This is said to be a murder case, although no one can be sure there has been a murder. The accused's wife, from whom he was separated, was found dead in her bathtub in the early hours of Christmas Day, 1992. Two pathologists examined the body; neither was able to conclude whether she died from natural causes, as the result of an accident, by suicide or by homicide. Her lungs were heavy, which was consistent with drowning. There were no signs of strangulation. There was no evidence of foul play in her apartment. Everything was neat and in order. Her bed was turned down for the night and her pyjamas laid out. No fingerprints of the accused were found in the apartment. The accused denied having been there, although he readily admitted to having wanted to see his wife that evening and to having telephoned her from the lobby asking to come up. The husband and wife had a joint life insurance policy worth \$50,000, but there was no evidence the accused needed or wanted money. They were separated and had had difficulties in the past, but there is no evidence explaining why the accused might at this point, when they had established separate lives thousands of miles apart, have decided to kill his wife.

The Crown's case was woefully weak. The most glaring deficiency was the inability of the pathologists to determine whether a murder had been committed. The other evidence was, at best, equivocal. Not surprisingly, at the close of the Crown's case the accused made a motion for a directed verdict of acquittal. The trial judge granted the motion. Flinn J. reviewed the law in detail, then applied the test of whether any reasonable jury properly instructed could find the accused guilty of murder on the evidence. He concluded that no reasonable jury could and that therefore there was "no

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — J'ai pris connaissance des motifs du juge Bastarache. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

On dit qu'il s'agit d'une affaire de meurtre, bien que personne n'ait la certitude qu'il y a eu meurtre. L'épouse de l'accusé, dont il était séparé, a été trouvée sans vie dans sa baignoire aux petites heures du matin de Noël 1992. Deux pathologistes ont examiné le corps; ni l'un ni l'autre n'a été capable de déterminer si le décès était le résultat de causes naturelles, d'un accident, d'un suicide ou d'un homicide. Ses poumons étaient lourds, ce qui pouvait laisser croire à la noyade. Il n'y avait aucune marque de strangulation. Il n'y avait aucune preuve d'acte criminel dans son appartement. Tout était propre et en ordre. Son lit était ouvert en prévision de la nuit et son pyjama était sorti. Aucune empreinte digitale de l'accusé n'a été trouvée dans l'appartement. L'accusé a nié s'y être trouvé, bien qu'il ait admis d'emblée avoir voulu rencontrer son épouse ce soir-là et lui avoir téléphoné de l'entrée pour lui demander s'il pouvait monter la voir. Les époux avaient une assurance vie conjointe de 50 000 \$, mais il n'y avait aucune preuve que l'accusé voulait cet argent ou qu'il en avait besoin. Ils vivaient séparés après avoir connu des problèmes dans le passé, mais aucune preuve n'explique pourquoi l'accusé pourrait alors avoir décidé de tuer son épouse, alors qu'ils s'étaient chacun refait une vie à des milliers de kilomètres l'un de l'autre.

Le ministère public a présenté une preuve terriblement faible. Sa lacune la plus flagrante était l'incapacité des pathologistes de déterminer si un meurtre avait été commis. Les autres éléments de preuve étaient, au mieux, incertains. Il n'est guère surprenant que, lorsque le ministère public eut terminé la présentation de sa preuve, l'accusé ait présenté une demande de verdict imposé d'acquiescement. Le juge du procès a accueilli la requête. Le juge Flinn a procédé à une analyse approfondie du droit, puis a appliqué le critère consistant à se demander si un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait déclarer l'accusé coupable de meurtre, au vu de la preuve déposée. Il a conclu qu'aucun jury raisonnable ne pourrait le

15

16

17

evidence". Accordingly, he directed a verdict of acquittal.

18 In my view the trial judge reached the correct conclusion. The Court of Appeal ([1997] O.J. No. 1942 (QL)) should not have disturbed his decision. Neither should this Court. The accused should not be subjected to another trial on evidence as flimsy as this.

The Test on a Motion for a Directed Verdict

19 The test on a motion for a directed verdict has been clear for over a century. It is a fundamental part of our criminal law. It is accepted throughout the common law world, including England and the United States. The test is whether a properly instructed jury could reasonably convict on the evidence. This Court has repeatedly affirmed this test, notably in *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, and *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154.

20 A properly instructed jury acting reasonably is a jury that will convict only if it finds that the evidence establishes guilt beyond a reasonable doubt. To determine whether this could occur, the judge on the motion for a directed verdict must ask whether some or all of the admissible evidence is legally sufficient to permit the jury to find guilt beyond a reasonable doubt. In doing so, the trial judge is determining the sufficiency of the evidence. The question is whether the evidence is capable of supporting a verdict of guilt beyond a reasonable doubt. If it is not, the judge must direct an acquittal, since it would be impossible for a reasonable jury to convict legally on the evidence. The case against the accused has not been made out and there is no charge to answer. To permit the trial to continue would be to impinge on the accused's right to silence and right to be presumed

faire et qu'il y avait donc «absence de preuve». Par conséquent, il a imposé un verdict d'acquiescement.

À mon avis, le juge du procès a tiré la bonne conclusion. La Cour d'appel ([1997] O.J. No. 1942 (QL)) n'aurait pas dû modifier cette décision, et notre Cour ne devrait pas le faire non plus. L'accusé ne devrait pas subir un autre procès fondé sur une preuve aussi piètre.

Le critère applicable à une demande de verdict imposé

Le critère applicable à une demande de verdict imposé est clairement établi depuis plus d'un siècle et est l'un des fondements de notre droit criminel. Il est accepté dans tous les ressorts de common law, y compris l'Angleterre et les États-Unis. Ce critère consiste à se demander si un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait raisonnablement conclure à la culpabilité, au vu de la preuve soumise. Notre Cour a confirmé maintes fois ce critère, notamment dans les arrêts *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, et *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154.

Le jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit de manière raisonnable ne prononcera un verdict de culpabilité que s'il conclut que la preuve établit la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Pour déterminer si cela est possible, le juge saisi de la demande de verdict imposé doit examiner si l'ensemble ou une partie de la preuve admissible est suffisante en droit pour que le jury puisse conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Ce faisant, le juge du procès se prononce sur le caractère suffisant de la preuve. Il s'agit de savoir si la preuve est susceptible d'étayer un verdict de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Si elle ne l'est pas, le juge doit imposer l'acquiescement, puisqu'il serait impossible à un jury raisonnable de conclure légalement à la culpabilité au vu de la preuve. Aucune preuve n'a été établie contre l'accusé et aucune accusation ne tient. Permettre la continuation du procès empiéterait sur les droits de l'accusé de garder le silence et d'être présumé innocent jusqu'à preuve du contraire, et risquerait

innocent until proved guilty, and to risk a verdict that would necessarily be unreasonable.

While some judges have referred to a distinction between “no evidence” and “some evidence”, this distinction is nonsensical. The question on a motion for a directed acquittal always relates to the ability of the evidence to support a verdict of guilt, that is, whether there is sufficient evidence to permit a properly instructed jury to reasonably convict: Ronald J. Delisle, “Evidence — Tests for Sufficiency of Evidence: *Mezzo v. The Queen*” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 389, at p. 393; and see also David M. Tanovich, “Monteleone’s Legacy: Confusing Sufficiency with Weight” (1994), 27 *C.R. (4th)* 174, at pp. 175-76. Over a century ago Willes J. stated (*Ryder v. Wombwell* (1868), L.R. 4 Ex. 32, at p. 39):

It was formerly considered necessary in all cases to leave the question to the jury if there was any evidence, even a scintilla, in support of the case; but it is now settled that the question for the judge . . . is . . . not whether there is literally no evidence, but whether there is none that ought reasonably to satisfy the jury that the fact sought to be proved is established.

As Professor Delisle puts it in *Evidence: Principles and Problems* (3rd ed. 1993), at p. 178, “[l]ogically . . . it would seem to be wrong to let a case go to the jury if the trial judge believed that no reasonable jury could be satisfied beyond a reasonable doubt” (as cited in Tanovich, at p. 176).

If the evidence is all direct evidence, the trial judge’s task on a motion for a directed verdict is quite simple. An absence of evidence on an essential element will result in a directed acquittal. The existence of evidence on every essential element will result in dismissal of the motion. It remains only for the jury to decide who it chooses to believe and what evidence it decides to accept or reject. Where the case is based on circumstantial evidence, i.e., where any of the elements are not established by direct evidence, the task of the trial

d’entraîner un verdict nécessairement déraisonnable.

Bien que certains juges aient parlé d’une distinction entre «absence de preuve» et «quelque preuve», cette distinction est absurde. La question soulevée par une demande d’acquiescement imposé a toujours trait à la capacité de la preuve d’étayer un verdict de culpabilité, à savoir s’il y a une preuve suffisante pour qu’un jury ayant reçu des directives appropriées puisse raisonnablement conclure à la culpabilité: Ronald J. Delisle, «Evidence — Tests for Sufficiency of Evidence: *Mezzo v. The Queen*» (1987), 66 *R. du B. can.* 389, à la p. 393; voir également David M. Tanovich, «Monteleone’s Legacy: Confusing Sufficiency with Weight» (1994), 27 *C.R. (4th)* 174, aux pp. 175 et 176. Il y a plus d’un siècle, le juge Willes a affirmé (*Ryder c. Wombwell* (1868), L.R. 4 Ex. 32, à la p. 39):

[TRADUCTION] Auparavant, on considérait qu’il était nécessaire, dans tous les cas, de laisser au jury le soin de répondre à la question de savoir s’il y avait quelque preuve, voire la moindre preuve, à l’appui; mais il est maintenant reconnu qu’il appartient au juge de se demander [. . .] non pas s’il y a littéralement absence de preuve, mais s’il n’y en a aucune qui devrait raisonnablement convaincre le jury que le fait qu’on cherche à prouver est établi.

Comme le professeur Delisle l’affirme dans *Evidence: Principles and Problems* (3^e éd. 1993), à la p. 178, [TRADUCTION] «[l]ogiquement [. . .] il semblerait erroné de laisser le jury se prononcer sur une affaire, si le juge du procès croit qu’aucun jury raisonnable ne pourrait être convaincu hors de tout doute raisonnable» (cité dans Tanovich, à la p. 176).

Si la preuve est, en totalité, une preuve directe, la tâche du juge du procès saisi d’une demande de verdict imposé est fort simple. L’absence de preuve sur un élément essentiel entraînera un acquiescement imposé. L’existence d’une preuve relative à chaque élément essentiel entraînera le rejet de la requête. Il ne reste au jury qu’à décider qui il choisit de croire et quels éléments de preuve il choisit d’accepter ou de rejeter. Lorsque l’accusation repose sur une preuve circonstancielle, c.-à-d. lorsque les éléments de l’infraction ne sont

judge is more complicated. The Crown adduces evidence from which it submits facts in issue can be inferred from facts not in issue. In order to determine whether a properly instructed jury could reasonably convict, the judge must determine whether, assuming the circumstantial facts are proved, it would be reasonable to make the inference necessary to establish the facts in issue.

23

On any motion for a directed verdict, whether the evidence is direct or circumstantial, the judge, in assessing the sufficiency of the evidence must, by definition, weigh it. There is no way the judge can avoid this task of limited weighing, since the judge cannot answer the question of whether a properly instructed jury could reasonably convict without determining whether it is rationally possible to find that the fact in issue has been proved. In the case of circumstantial evidence, the issue is the reasonableness of the inference the Crown seeks to have drawn. As stated by Professor Delisle, in "Tests for Sufficiency of Evidence", *supra*, at p. 392, "[i]t is in evaluating the rationality of the necessary derivative inference, in testing its legitimacy, that the judge, either at preliminary, at trial or on appeal, performs the necessary weighing function". But weighing the evidence for this purpose is a very limited exercise. The judge does not ask him- or herself whether he or she is personally satisfied by the evidence. Rather, the judge asks whether a jury, acting reasonably, could be satisfied by the evidence. Nor is the judge permitted to assess the credibility of the witnesses: see *Mezzo*, *supra*. It is for the jury to determine the credibility of the witnesses, to decide what evidence it accepts and what evidence it rejects, and ultimately, to determine if the evidence establishes guilt beyond a reasonable doubt. The difference between the judge's function on a motion for a directed verdict and the jury's function at the end of the trial is simply this: the judge assesses whether, hypothetically, a guilty verdict is possible; the jury deter-

pas ou ne sont pas tous établis par une preuve directe, la tâche du juge du procès est plus complexe. Le ministère public produit une preuve sur laquelle il se fonde pour affirmer que les faits litigieux peuvent être déduits de faits non litigieux. Pour déterminer si un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait raisonnablement conclure à la culpabilité, le juge doit décider si, en présumant que les faits de la preuve circonstancielle sont établis, il serait raisonnable de faire l'inférence requise pour établir le fait litigieux.

Lorsqu'une demande de verdict imposé lui est présentée, peu importe que la preuve soit directe ou circonstancielle, le juge doit, par définition, évaluer cette preuve pour en déterminer le caractère suffisant. Le juge ne peut en aucun cas échapper à cette tâche d'évaluation limitée, étant donné qu'il ne peut répondre à la question de savoir si un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait raisonnablement conclure à la culpabilité, sans avoir déterminé s'il est logiquement possible de conclure que le fait litigieux a été établi. Dans le cas d'une preuve circonstancielle, il s'agit de déterminer le caractère raisonnable de l'inférence que le ministère public cherche à faire faire. Comme l'a dit le professeur Delisle, dans «Tests for Sufficiency of Evidence», *loc. cit.*, à la p. 392, [TRADUCTION] «[c]'est en évaluant la rationalité de l'inférence dérivée nécessaire, en en vérifiant la légitimité, que le juge, soit à l'enquête préliminaire, soit au procès ou encore en appel, exerce l'indispensable fonction d'évaluation». Mais l'évaluation de la preuve à cette fin est très limitée. Le juge ne se demande pas s'il est personnellement convaincu par la preuve. Il se demande plutôt si un jury, agissant de manière raisonnable, pourrait être convaincu par la preuve. Il n'est pas non plus permis au juge d'évaluer la crédibilité des témoins: voir *Mezzo*, précité. C'est au jury qu'il appartient d'évaluer la crédibilité des témoins, de décider quels éléments de preuve il accepte et lesquels il rejette, et en fin de compte, de déterminer si la preuve établit la culpabilité hors de tout doute raisonnable. La différence entre la fonction du juge saisi d'une demande de verdict imposé et la fonction du jury à la fin du procès est simplement la suivante: le juge évalue si, hypothétiquement, un

mines whether guilt has actually been proved beyond a reasonable doubt.

This limited judicial weighing at the stage of a motion for a directed acquittal does not infringe the jury's role of determining as a matter of fact whether that guilt has been established. Lord Cairns put it well in *Metropolitan Railway Co. v. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193 (H.L.), at p. 197:

The Judge has a certain duty to discharge, and the jurors have another and a different duty. The Judge has to say whether any facts have been established by evidence from which negligence *may be* reasonably inferred; the jurors have to say whether, from those facts, when submitted to them, negligence *ought to be* inferred. It is, in my opinion, of the greatest importance in the administration of justice that these separate functions should be maintained, and should be maintained distinct. It would be a serious inroad on the province of the jury, if, in a case where there are facts from which negligence may reasonably be inferred, the Judge were to withdraw the case from the jury upon the ground that, in his opinion, negligence ought not to be inferred; and it would, on the other hand, place in the hands of the jurors a power which might be exercised in the most arbitrary manner, if they were at liberty to hold that negligence might be inferred from any state of facts whatever. [Emphasis in original.]

Lord Cairns' statement of the law was adopted by this Court in *R. v. Morabito*, [1949] S.C.R. 172, at p. 174, as governing both criminal and civil cases.

This is the test that still prevails in England: see Colin Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* (8th ed. 1995), at pp. 190-92. It is the test that prevails in Australia: see Peter Gillies, *Law of Evidence in Australia* (2nd ed. 1991), at pp. 206-8. And it is the test that prevails in the United States: see Clifford S. Fishman, *Jones on Evidence: Civil and Criminal* (7th ed. 1992), at p. 447, and John William Strong, ed., *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992). In *Curley v. United States*, 160 F.2d 229 (D.C. Cir. 1947), Prettyman A.J. formulated the test in this way (at p. 232):

verdict de culpabilité est possible; le jury décide si la culpabilité a réellement été prouvée hors de tout doute raisonnable.

Cette évaluation limitée faite par le juge à l'étape de la demande d'acquiescement imposé n'empiète pas sur le rôle du jury qui consiste à décider si cette culpabilité a, dans les faits, été établie. Lord Cairns le dit bien dans *Metropolitan Railway Co. c. Jackson* (1877), 3 App. Cas. 193 (H.L.), à la p. 197:

[TRADUCTION] Le juge doit remplir certaines fonctions et les jurés d'autres. Le juge doit d'abord décider si l'on peut raisonnablement, au vu de la preuve, conclure à la négligence; les jurés doivent pour leur part décider si l'on doit conclure, au vu de la preuve, à la négligence. Il est, à mon avis, primordial aux fins de l'administration de la justice non seulement que ces rôles séparés soient maintenus mais qu'ils demeurent distincts. La compétence du jury serait gravement atteinte si, dans un cas où l'on peut raisonnablement conclure à la négligence vu les faits, le juge le désaisissait pour le motif qu'à son avis les faits soumis ne permettent pas de conclure à la négligence; d'un autre côté, ce serait donner aux jurés un pouvoir des plus arbitraires que les laisser conclure à la négligence à partir de n'importe quelle situation de fait. [En italique dans l'original.]

Notre Cour a adopté cet énoncé du droit par lord Cairns dans *R. c. Morabito*, [1949] R.C.S. 172, à la p. 174, comme faisant autorité tant en matière civile que criminelle.

C'est le critère qui prévaut encore en Angleterre: voir Colin Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* (8^e éd. 1995), aux pp. 190 à 192. C'est le critère qui prévaut en Australie: voir Peter Gillies, *Law of Evidence in Australia* (2^e éd. 1991), aux pp. 206 à 208. Et c'est le critère qui prévaut aux États-Unis: voir Clifford S. Fishman, *Jones on Evidence: Civil and Criminal* (7^e éd. 1992), à la p. 447, et John William Strong, éd., *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992). Dans *Curley c. United States*, 160 F.2d 229 (D.C. Cir. 1947), le juge adjoint Prettyman a formulé le critère en ces termes (à la p. 232):

24

25

The true rule, therefore, is that a trial judge, in passing upon a motion for directed verdict of acquittal, must determine whether upon the evidence, giving full play to the right of the jury to determine credibility, weigh the evidence, and draw justifiable inferences of fact, a reasonable mind might fairly conclude guilt beyond a reasonable doubt.

Prettyman A.J.'s statement of the test was adopted by the Second Circuit in *United States v. Taylor*, 464 F.2d 240 (1972). The same standard applies on a motion to set aside a verdict as being against the weight of the evidence, and on appeal from a conviction: see *United States v. Martinez*, 922 F.2d 914 (1st Cir. 1991). In *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979), a case involving an appeal from a state conviction, the majority of the U.S. Supreme Court made it clear, at p. 319, that "the relevant question is whether, after viewing the evidence in the light most favorable to the prosecution, any rational trier of fact could have found the essential elements of the crime beyond a reasonable doubt" (emphasis in original). See also *Tibbs v. Florida*, 457 U.S. 31 (1982), at pp. 44-45, per O'Connor J.

[TRADUCTION] La vraie règle est donc que le juge du procès qui examine une demande de verdict imposé d'acquiescement doit déterminer si, au vu de la preuve, laissant toute latitude au jury de décider de la crédibilité, d'évaluer la preuve et de faire des inférences de fait justifiables, une personne raisonnable pourrait équitablement conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

L'énoncé du critère par le juge adjoint Prettyman a été adopté par la Second Circuit dans *United States c. Taylor*, 464 F.2d 240 (1972). La même norme s'applique à une requête en annulation d'un verdict jugé contraire à la prépondérance de la preuve et à un appel contre une déclaration de culpabilité: voir *United States c. Martinez*, 922 F.2d 914 (1st Cir. 1991). Dans *Jackson c. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979), une affaire concernant un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par un tribunal d'un État, la Cour suprême des États-Unis, à la majorité, a précisé, à la p. 319, que [TRADUCTION] «la question pertinente est de savoir si, après avoir examiné la preuve sous son jour le plus favorable à la poursuite, tout juge des faits raisonnable aurait pu conclure hors de tout doute raisonnable à la présence des éléments essentiels du crime» (en italique dans l'original). Voir également *Tibbs c. Florida*, 457 U.S. 31 (1982), aux pp. 44 et 45, le juge O'Connor.

26 Until recently, no one questioned the rule that on a motion for a directed verdict the trial judge must determine whether there is sufficient evidence to permit a properly instructed jury, acting reasonably, to convict, with the implied correlative that the trial judge must weigh the evidence in the limited sense of determining whether it is capable of supporting essential inferences the Crown seeks to have the jury draw. However, in this case the Crown argues that the test has been altered in cases of circumstantial evidence by two decisions of this Court: *Mezzo, supra*, and *Monteleone, supra*. I do not agree. While some of the language of these cases is confusing, a closer reading suggests that the justices had no intention of discarding the

Jusqu'à tout récemment, personne ne remettait en question la règle selon laquelle le juge du procès saisi d'une demande de verdict imposé doit décider s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour permettre à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, de conclure à la culpabilité, et le corollaire implicite selon lequel le juge du procès doit évaluer la preuve uniquement pour déterminer si elle peut étayer les inférences essentielles que le ministère public veut que le jury fasse. Cependant, le ministère public allègue, en l'espèce, que deux arrêts de notre Cour ont modifié le critère dans le cas d'une preuve circonstancielle: *Mezzo* et *Monteleone*, précités. Je ne suis pas d'accord. Bien que le texte de ces arrêts soit un peu confus, une lecture plus attentive donne à penser que les juges n'avaient aucune intention d'écarter ce critère consacré par

time-hallowed and universally accepted test for directed acquittals.

In *Mezzo*, the issue was the sufficiency of certain identification evidence. McIntyre J., for the majority, stated that a judge can direct an acquittal only if there is “no evidence”. However, subsequent passages make it clear that McIntyre J. was not using the phrase “no evidence” in the impermissible sense of “not a scintilla of evidence”. After referring to another circumstantial evidence case, *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396, McIntyre J. stated, at p. 843, that “circumstantial evidence, which did not comply with the rule in *Hodge’s Case*, [was] no evidence at all going to show guilt”. In other words, if the circumstantial evidence presented does not reasonably support the inference of guilt, it is “no evidence” — the evidence is insufficient. McIntyre J. is necessarily acknowledging that the trial judge must evaluate, or weigh, whether circumstantial evidence is sufficient to, or capable of, supporting a verdict of guilt. This suggests that he viewed the trial judge in *Comba* as acting correctly when he weighed the evidence to determine whether the inferences necessary were capable of meeting the test in *Hodge’s Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. The question of whether the test in *Hodge’s Case* was actually met was for the jury. Wilson J. held the same view at p. 813: “in this context ‘no evidence’ is not to be taken literally as meaning a total absence of any evidence but as meaning rather no evidence capable of supporting a conviction”.

The Court’s decision in *Monteleone, supra*, also leaves room for doubt as to whether the Court intended to jettison the long-standing principle that a judge on a motion for a directed verdict is obliged to determine whether the evidence is sufficient to support a verdict of guilt, and to engage in

l’usage et universellement accepté en matière de verdicts imposés.

Dans l’arrêt *Mezzo*, le litige portait sur le caractère suffisant d’une certaine preuve d’identification. Le juge McIntyre a affirmé, au nom de la Cour à la majorité, qu’un juge peut imposer l’acquiescement seulement s’il y a «absence de preuve». Toutefois, des passages subséquents indiquent clairement que le juge McIntyre n’a pas utilisé les mots «aucune preuve» dans le sens inacceptable de «pas la moindre preuve». Après avoir mentionné un autre cas de preuve circonstancielle, *R. c. Comba*, [1938] R.C.S. 396, le juge McIntyre a affirmé, à la p. 843, qu’une «preuve indirecte qui ne respectait pas la règle de l’affaire *Hodge* constituait une absence totale de preuve démontrant la culpabilité». En d’autres termes, si la preuve circonstancielle présentée n’étaye pas raisonnablement l’inférence de culpabilité, elle ne constitue «aucune preuve» — la preuve est insuffisante. Le juge McIntyre reconnaît nécessairement que le juge du procès doit soupeser ou évaluer la preuve circonstancielle pour déterminer si elle est suffisante pour étayer un verdict de culpabilité, ou si elle est susceptible de le faire. Cela donne à penser qu’il a considéré que le juge du procès, dans *Comba*, a agi correctement lorsqu’il a évalué la preuve pour déterminer si les inférences nécessaires étaient susceptibles de satisfaire au critère de l’arrêt *Hodge* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. Il appartenait au jury de décider si le critère de l’arrêt *Hodge* était vraiment respecté. Le juge Wilson a exprimé le même avis, à la p. 813: «dans ce texte, l’expression “aucune preuve” ne doit pas être interprétée littéralement comme signifiant une absence totale de preuve, mais doit plutôt s’entendre d’aucune preuve susceptible de justifier une déclaration de culpabilité».

L’arrêt *Monteleone*, précité, de notre Cour laisse également planer un doute quant à savoir si la Cour avait l’intention d’abandonner le principe de longue date selon lequel un juge saisi d’une demande de verdict imposé doit déterminer si la preuve est suffisante pour étayer un verdict de

limited evaluation of inferences if this is required in order to do so. McIntyre J. stated at p. 161:

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.

Here again one finds the implicit contradiction. The first sentence in the passage is a correct statement of the classic rule. It implies that the judge may be required to engage in limited weighing or evaluation of the inferences to be drawn from circumstantial evidence, since, as discussed above, this is an essential step in determining whether the evidence is rationally capable of supporting a conviction. Yet having acknowledged this, McIntyre J. goes on to suggest that the trial judge cannot draw inferences of fact from the evidence before him, and later states, at p. 161, that “[t]he question of whether circumstantial evidence meets the requirement of the so-called rule in *Hodge’s Case* . . . is for the jury to determine. This was settled in *Mezzo* . . .” This contradiction was left unresolved.

29

The ambiguities in *Mezzo* and *Monteleone* leave me far from certain that the judges who wrote in those cases intended to abandon the long-standing rule that trial judges on a motion for a directed verdict must determine whether the evidence is sufficient to permit a properly instructed jury acting reasonably to reach a verdict of guilt. On the contrary, the Court in both cases expressly reaffirm this principle. In my view, the comments in the decisions suggesting a possible contrary effect

culpabilité et, à cette fin, procéder si nécessaire à une évaluation limitée des inférences. Le juge McIntyre a affirmé, à la p. 161:

Lorsqu’on présente au tribunal un élément de preuve admissible, directe 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.

Ici encore, on constate une contradiction implicite. La première phrase de l’extrait est un énoncé exact de la règle classique. Elle implique que le juge peut avoir à effectuer une évaluation limitée des inférences à faire à partir d’une preuve circonstancielle, étant donné, comme nous l’avons vu, qu’il s’agit d’une étape essentielle pour déterminer si la preuve peut logiquement étayer une déclaration de culpabilité. Pourtant, après avoir reconnu cela, le juge McIntyre précise que le juge du procès ne peut pas faire des inférences de fait d’après les éléments de preuve qui lui sont présentés, et il affirme par la suite, à la p. 161: «[l]a question de savoir si la preuve circonstancielle satisfait à l’exigence de la règle dite de l’arrêt *Hodge* [. . .] doit être tranchée par le jury. Cette question a été réglée dans l’arrêt *Mezzo* . . . » Cette contradiction n’a pas été résolue.

Compte tenu des ambiguïtés constatées dans les arrêts *Mezzo* et *Monteleone*, je suis loin d’être certaine que les juges qui ont écrit dans ces affaires avaient l’intention d’abandonner la règle de longue date selon laquelle les juges du procès qui sont saisis d’une demande de verdict imposé doivent déterminer si la preuve est suffisante pour permettre à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, de conclure à la culpabilité. Au contraire, la Cour confirme expressément ce principe dans les deux arrêts. À mon avis, les commentaires qui, dans ces arrêts, laissent entrevoir une possibilité d’effet contraire ne

should not be read as negating this fundamental principle.

In my opinion, the test for a directed verdict in Canada remains the traditional one: whether a properly instructed jury acting reasonably could find guilt beyond a reasonable doubt. Where it is necessary to engage in a limited evaluation of inferences in order to answer this question, as in cases based on circumstantial evidence, trial judges may do so; indeed, they cannot do otherwise in order to discharge their obligation of determining whether the Crown has established a case that calls on the accused to answer or risk being convicted.

This conclusion is confirmed by the following considerations: it is the only conclusion that satisfies the logic of the trial process; it is the only conclusion that adequately safeguards the accused's rights; it is the rule that prevails in other common law jurisdictions; and it is the view that best harmonizes with the tests established for proceedings analogous to the motion for a directed verdict, such as preliminary inquiries and appeals on the reasonableness of a conviction (*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i)).

Application of the Rule to this Case

Flinn J. considered the justifiability of the Crown's proposed inferences using the test from *Shephard*, *supra*. He borrowed the language of "mere suspicion" versus "valid inference" used by Wilson J. in *Mezzo*, *supra*, at p. 814, and asked himself whether the circumstantial evidence was sufficient to justify the drawing of an inference of guilt, or whether it raised only a suspicion. After carefully reviewing the evidence, including the absence of any evidence that the deceased had met with foul play, he concluded that the evidence did no more than raise suspicions. It followed that no properly instructed jury could reasonably convict. This meant that there was "no evidence" of guilt,

devraient pas être interprétés comme annihilant ce principe fondamental.

J'estime qu'au Canada le critère applicable à un verdict imposé demeure le critère traditionnel, savoir: un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, pourrait-il conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable? Lorsque cela est nécessaire, comme dans les affaires fondées sur une preuve circonstancielle, les juges du procès peuvent procéder à une évaluation limitée des inférences pour répondre à cette question; en fait, ils ne peuvent pas faire autrement pour s'acquitter de leur obligation de déterminer si le ministère public a présenté une preuve que l'accusé doit réfuter, sans quoi il risque d'être déclaré coupable.

Cette conclusion est confirmée par les considérations suivantes: c'est la seule conclusion qui respecte la logique du procès, c'est la seule conclusion qui sauvegarde adéquatement les droits de l'accusé, c'est la règle qui prévaut dans les autres ressorts de common law, et c'est le point de vue qui s'harmonise le mieux avec les critères établis relativement à des procédures analogues à la demande de verdict imposé, comme les enquêtes préliminaires et les appels portant sur le caractère raisonnable d'une déclaration de culpabilité (*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, sous-al. 686(1)(a)(i)).

Application de la règle à la présente affaire

Le juge Flinn a examiné le caractère justifiable des inférences proposées par le ministère public, en utilisant le critère de l'arrêt *Shephard*, précité. Il a repris à son compte l'opposition entre «simple soupçon» et «déduction justifiée» notée par le juge Wilson dans l'arrêt *Mezzo*, précité, à la p. 814, et s'est demandé si la preuve circonstancielle était suffisante pour justifier une inférence de culpabilité, ou si elle ne faisait naître qu'un soupçon. Après avoir soigneusement examiné la preuve, y compris l'absence de preuve que la défunte avait été victime d'un acte criminel, il a conclu que la preuve ne faisait rien de plus que faire naître des soupçons. Il s'ensuivait qu'aucun jury ayant reçu

30

31

32

in the sense of “no evidence sufficient to support a verdict of guilt”. Accordingly, he withdrew the case from the jury and entered a verdict of not guilty.

des directives appropriées ne pourrait raisonnablement conclure à la culpabilité. Cela signifiait qu’il n’y avait «aucune preuve» de culpabilité, dans le sens d’«aucune preuve suffisante pour étayer un verdict de culpabilité». Par conséquent, il a dessaisi le jury de l’affaire et a inscrit un verdict de non-culpabilité.

33 In reviewing this legal conclusion, a court of appeal is in as good a position as the trial judge. The question is whether the evidence was capable of supporting a guilty verdict. In my view, the trial judge correctly concluded that it was not. The evidence raised a suspicion, but was not capable of supporting the inferences required for a finding of guilt beyond a reasonable doubt. Flinn J. applied the correct test on the motion for directed verdict: whether there was any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty (*Shephard, supra*). In applying that test, the trial judge was obliged to evaluate whether the evidence was rationally capable of supporting the inferences the Crown sought to have drawn from it. It was for the jury to say whether or not those inferences should actually be drawn. But it was the task of the trial judge on the motion for a directed verdict to determine whether they could legitimately be drawn. To use the language from *Curley, supra*, at p. 232, the judge’s task was to “determine whether upon the evidence, giving full play to the right of the jury to determine credibility, weigh the evidence, and draw justifiable inferences of fact, a reasonable mind might fairly conclude guilt beyond a reasonable doubt”.

Pour examiner cette conclusion de droit, une cour d’appel est aussi bien placée que le juge du procès. La question est de savoir si la preuve était susceptible d’étayer un verdict de culpabilité. À mon avis, le juge du procès a conclu à bon droit qu’elle ne l’était pas. La preuve faisait naître un soupçon, mais elle n’était pas susceptible d’étayer les inférences requises pour conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Le juge Flinn a appliqué le bon critère à la demande de verdict imposé, savoir: y avait-il des éléments de preuve au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité (*Shephard, précité*)? En appliquant ce critère, le juge du procès était tenu d’évaluer la preuve pour savoir si elle était logiquement susceptible d’étayer les inférences que le ministère public voulait que l’on en fasse. Il appartenait au jury de dire si ces inférences devaient vraiment être faites. Cependant, il incombait au juge du procès saisi de la demande de verdict imposé de décider si elles pouvaient être faites légitimement. Pour reprendre les termes utilisés dans *Curley, précité*, à la p. 232, il incombait au juge de [TRADUCTION] «déterminer si, au vu de la preuve, laissant toute latitude au jury de décider de la crédibilité, d’évaluer la preuve et de faire des inférences de fait justifiables, une personne raisonnable pourrait équitablement conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable».

34 Bastarache J. correctly asserts that the Crown must adduce sufficient evidence on the issues of identity, causation, the death of the victim and the requisite mental state to pass the hurdle of a motion for a directed acquittal. To this I would add two further comments.

Le juge Bastarache affirme avec raison que le ministère public doit présenter des éléments de preuve suffisants sur les questions de l’identité, du lien de causalité, du décès de la victime et de l’état d’esprit requis, pour surmonter l’obstacle d’une demande d’acquiescement imposé. À cela, j’ajouterais deux autres commentaires.

First, “sufficient evidence” must mean sufficient evidence to sustain a verdict of guilt beyond a reasonable doubt; merely to refer to “sufficient evidence” is incomplete since “sufficient” always relates to the goal or threshold of proof beyond a reasonable doubt. This must constantly be borne in mind when evaluating whether the evidence is capable of supporting the inferences necessary to establish the essential elements of the case.

My second comment concerns the relationship between the elements of identity, causation, the death of victim and requisite mental state. “Identity” means “identity of the murderer”. It is impossible to discuss identity unless one has evidence capable of supporting the finding, beyond a reasonable doubt, that a murder was committed. Similarly, the element of mental state presupposes a culpable homicide. Therefore, I do not agree that the fact that the accused was in the deceased’s apartment block the night of the death establishes identity. Until there is a homicide, it is meaningless to speak of identity. The same goes for mental state. This means that the finding that there has been a homicide or culpable cause of death, is critical. Without that finding, we cannot even meaningfully discuss two of the other essential elements of murder. We have only a death and that alone cannot support a conviction for murder.

Everything thus hinges, in a case such as this, on proving that there has been a homicide. If that cannot be established beyond a reasonable doubt, nothing can be established. It is not surprising that the English law has long placed special emphasis on the necessity of the Crown’s establishing on clear evidence the *corpus delicti*, or body of the crime. On charges of murder, the emphasis has been even greater. McWilliams summarizes the

Premièrement, l’expression «éléments de preuve suffisants» doit s’entendre d’éléments de preuve suffisants pour étayer un verdict de culpabilité hors de tout doute raisonnable; la simple mention d’«éléments de preuve suffisants» est incomplète étant donné que «suffisants» se rapporte toujours à l’objectif ou au seuil de preuve hors de tout doute raisonnable. Il faut toujours avoir cela à l’esprit en évaluant si la preuve est susceptible d’étayer les inférences nécessaires pour établir les éléments essentiels de l’infraction.

Mon second commentaire porte sur la relation entre les éléments d’identité, de lien de causalité, de décès de la victime et d’état d’esprit requis. «Identité» veut dire «identité de l’auteur du meurtre». On ne saurait parler d’identité à moins de disposer d’une preuve susceptible d’étayer la conclusion hors de tout doute raisonnable qu’un meurtre a été commis. De même, l’élément d’état d’esprit présuppose un homicide coupable. Par conséquent, je n’accepte pas que le fait que l’accusé se soit trouvé dans l’immeuble où habitait la victime, le soir où elle est décédée, établit l’identité. Tant qu’il n’y a pas d’homicide, parler d’identité ne veut rien dire. Il en est de même pour l’état d’esprit. Cela signifie que la conclusion qu’il y a eu homicide ou cause blâmable de décès est cruciale. Sans cette conclusion, nous ne pouvons même pas analyser utilement deux des autres éléments essentiels du meurtre. Il y a simplement un décès, et ce seul fait n’est pas susceptible d’étayer une déclaration de culpabilité de meurtre.

Dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis en l’espèce, tout tourne donc autour de la preuve qu’il y a eu homicide. Si cela ne peut pas être établi hors de tout doute raisonnable, rien ne peut être établi. Il n’est pas surprenant que le droit anglais accorde, depuis longtemps, une importance particulière à la nécessité que le ministère public établisse par des éléments de preuve clairs le *corpus delicti*, soit le fait matériel qui constitue le crime. Dans le cas d’accusations de meurtre, l’importance accordée est encore plus grande. McWilliams résume la règle applicable (Peter K. McWilliams, *Canadian Criminal*

35

36

37

law (Peter K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1988) loose-leaf)), at p. 17-3:

Murder can still be proved by circumstantial evidence but the necessity of the most compelling proof of the *corpus delicti* is obvious. But as *Wills* said at p. 370:

No universal and invariable rule . . . can be laid down; and every case must depend upon its particular circumstances; and the *corpus delicti* must, like anything else, be proved by the best evidence reasonably capable of being adduced, and by such an amount and combination of relevant facts, whether direct or circumstantial, as to establish the *factum probandum* to the exclusion of every other reasonable hypothesis.

Whatever the degree of proof or the form of words used to define the degree of proof in such a case, it is a heavy one. [Emphasis added.]

Therefore, Flinn J. was correct to place special emphasis on the absence of any evidence that the deceased had died as a result of a crime.

38

The Crown argues that the *corpus delicti* can be proved by evidence of motive and opportunity. It relies on *Monteleone, supra*, in which this Court held that the *corpus delicti* of arson could be established by evidence of motive, opportunity, financial difficulty and possibility of gain. This argument fails for three reasons. First, the argument ignores the long-standing principle that on charges of murder, there is “the necessity of the most compelling proof of the *corpus delicti*”: see McWilliams. Second, the facts in *Monteleone* were more compelling than here. In *Monteleone* there was evidence of financial difficulty and clear evidence of opportunity. The evidence suggested that a valuable antique desk had been removed prior to the fire and that there was very little inventory. The accused admitted that he was in the building shortly before the fire. Here, by contrast, there is no evidence placing the accused in the deceased’s apartment. There is no evidence of financial difficulty or need. The presence of a long-standing life insurance policy on one’s spouse without more is hardly evidence of motive; such policies are common among even happily married couples. The

Evidence (3^e éd. 1988) feuilles mobiles)), à la p. 17-3:

[TRADUCTION] Le meurtre peut encore être prouvé au moyen d’une preuve circonstancielle, mais il est évident qu’il est nécessaire d’avoir une preuve des plus convaincantes du *corpus delicti*. Mais, comme *Wills* l’a dit, à la p. 370:

Aucune règle universelle et immuable ne peut [. . .] être énoncée; et chaque cas doit dépendre de ses circonstances particulières; et le *corpus delicti* doit, comme tout le reste, être prouvé au moyen de la meilleure preuve qui puisse raisonnablement être présentée, et par un ensemble et un agencement de faits pertinents, directs ou circonstanciels, de nature à établir le *factum probandum* à l’exclusion de toute autre hypothèse raisonnable.

Quels que soit le degré de preuve ou la forme des mots utilisés pour définir le degré de preuve en pareil cas, il s’agit d’un lourd fardeau. [Je souligne.]

Par conséquent, le juge Flinn a eu raison d’accorder une importance particulière à l’absence de preuve que le décès de la victime était le résultat d’un acte criminel.

Le ministère public allègue que le *corpus delicti* peut être établi au moyen d’une preuve de mobile et d’occasion de perpétrer l’infraction. Il invoque l’arrêt *Monteleone*, précité, dans lequel notre Cour a statué que le *corpus delicti* du crime d’incendie pouvait être établi au moyen d’une preuve de mobile, d’occasion de perpétrer l’infraction, de difficultés financières et de possibilité de réaliser un profit. Cet argument échoue pour trois raisons. Premièrement, il ne tient pas compte du principe de longue date selon lequel, lorsqu’il y a accusation de meurtre, il est «nécessaire d’avoir une preuve des plus convaincantes du *corpus delicti*»: voir McWilliams. Deuxièmement, les faits de l’arrêt *Monteleone* étaient plus convaincants qu’en l’espèce. Dans *Monteleone*, il y avait des éléments de preuve quant aux difficultés financières et des éléments de preuve clairs quant à l’occasion de perpétrer l’infraction. La preuve montrait qu’un bureau ancien d’une certaine valeur avait été retiré des lieux avant l’incendie et qu’il n’y avait que très peu de biens en stock. L’accusé avait admis s’être trouvé dans l’immeuble peu avant l’incendie. Ici, par contre, il n’y a aucune preuve que l’accusé se

fact that \$50,000 is a lot of money in Poland is also not evidence of motive — presumably it is “a lot of money” in many places. Third, it seems that in *Monteleone* there was no other rational explanation for the fire; the fire marshall testified to this effect. The pathologists in the case at bar, on the contrary, testified to the reasonable possibility of other non-criminal causes of death.

In determining whether it was legally possible for a properly instructed jury acting reasonably to convict on the evidence, the central question — the question on which all other questions hinged — was whether the evidence was capable of permitting an inference, beyond a reasonable doubt, that the deceased had been killed. The medical evidence adduced by the two Crown pathologists provided two other reasonable explanations for the death — natural causes and suicide. Thus, the evidence was incapable of supporting an inference, beyond a reasonable doubt, that the death was wrongful. To paraphrase *McCormick on Evidence, supra*, at p. 435, an inference that the deceased was murdered was far beyond the “limits of reasonable inference from the facts proven”. That being the case, there was no way that a reasonable jury, properly instructed, could have returned a verdict of guilty.

While this is sufficient to dispose of the case, I add these comments. I do not share my colleague’s view that identity is established, even if one assumes for the purposes of argument that the *corpus delicti* is made out. The fact that the accused was in the deceased’s building the evening of the death does not show opportunity estab-

trouvait dans l’appartement de la victime. Il n’y a aucune preuve de difficultés ou de problèmes financiers. L’existence d’une police d’assurance souscrite depuis longtemps sur la vie du conjoint, sans plus, n’est guère une preuve de mobile; ces polices sont courantes même chez les gens heureux en ménage. Le fait que 50 000 \$ représente une somme d’argent considérable en Pologne n’est pas non plus une preuve de mobile — il s’agit vraisemblablement d’une «somme d’argent considérable» à bien des endroits. Troisièmement, il semble que, dans *Monteleone*, il n’y avait aucune autre explication logique de l’incendie; le chef des pompiers a témoigné en ce sens. En l’espèce, au contraire, les pathologistes ont témoigné qu’il était raisonnablement possible que le décès ait résulté d’autres causes qu’un crime.

Pour déterminer s’il était légalement possible à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, de conclure à la culpabilité au vu de la preuve, il fallait se poser la question centrale — la question dont dépendent toutes les autres questions — de savoir si la preuve pouvait permettre d’inférer hors de tout doute raisonnable que la victime avait été tuée. La preuve médicale déposée par les deux pathologistes assignés par le ministère public a fourni deux autres explications raisonnables du décès — causes naturelles et suicide. La preuve n’était donc pas susceptible d’étayer une inférence hors de tout doute raisonnable que le décès avait été causé par une faute. Pour paraphraser *McCormick on Evidence, op. cit.*, à la p. 435, l’inférence que la victime a été assassinée se situait bien en dehors des [TRADUCTION] «limites d’une inférence raisonnable faite à partir des faits établis». Cela étant, il n’y avait pas moyen qu’un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, puisse prononcer un verdict de culpabilité.

Bien que cela suffise pour statuer sur le présent pourvoi, j’ajoute les commentaires suivants. Je ne partage pas l’opinion de mon collègue que l’identité a été établie, même si l’on suppose, pour les fins de la discussion, que le *corpus delicti* a été prouvé. Le fait que l’accusé se soit trouvé dans l’immeuble de la victime, le soir où elle est décé-

lishing identity. There is no evidence that he was granted admission to the deceased's apartment. So in order to arrive at the conclusion on identity, it is necessary to make an inference that because he was in the lobby, he must have been in the apartment. Again, a question arises as to whether such an inference could rationally have been made. It does not follow naturally from the fact that a person is in the lobby of an apartment building that he gains entry to one of the apartments, particularly when the only evidence on the issue is that of a police officer who testified that the accused told him that he was refused entry to the apartment. There is no process of reason that permits one to conclude beyond a reasonable doubt that because the accused was in the lobby he gained entry to the deceased's apartment. Again we are faced with a gap leading to a suspicion, not a reasonable inference.

41 Finally, even assuming a jury were ever able to reach the point of considering whether the accused possessed the requisite state of mind for murder, further difficulties would emerge. The only evidence capable of even tangentially suggesting an intention to kill is the evidence that the accused would obtain \$50,000 from the insurance policy upon her death. But the fact the policy had been in force many years and the absence of any evidence of financial need undermine any inference that could be drawn from the insurance policy.

42 No reasonable jury properly instructed could have convicted the accused of the murder of his wife on this evidence. There was no case for the accused to meet. The trial judge correctly allowed the motion for a directed verdict and entered the acquittal.

43 I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and restore the acquittal.

Appeal dismissed, MCLACHLIN and MAJOR JJ. dissenting.

dée, ne démontre pas qu'il y a eu occasion de perpétrer l'infraction établissant l'identité. Il n'y a aucune preuve qu'on l'a laissé entrer dans l'appartement de la victime. Par conséquent, pour arriver à une conclusion sur l'identité, il faut inférer que, parce qu'il était dans l'entrée, il a dû se trouver dans l'appartement. Là encore, il faut se demander si une telle inférence aurait pu logiquement être faite. Il ne découle pas naturellement du fait qu'une personne se trouve dans l'entrée d'un immeuble d'habitation qu'elle entre dans l'un des appartements, particulièrement lorsque le seul élément de preuve sur ce point est le témoignage d'un policier qui a affirmé que l'accusé lui a dit qu'on ne l'avait pas laissé entrer dans l'appartement. Il n'y a aucun processus raisonné qui permet de conclure hors de tout doute raisonnable que, parce que l'accusé se trouvait dans l'entrée, il est entré dans l'appartement de la victime. À nouveau, nous faisons face à une lacune menant à un soupçon et non pas à une inférence raisonnable.

Enfin, même en supposant qu'un jury puisse jamais en venir à se demander si l'accusé possédait l'état d'esprit requis pour commettre un meurtre, d'autres difficultés surgiraient. La seule preuve susceptible de laisser croire, même indirectement, à l'intention de tuer est celle que l'accusé tirerait 50 000 \$ de la police d'assurance au décès de son épouse. Mais le fait que la police était en vigueur depuis de nombreuses années et l'absence de toute preuve de problèmes financiers minent toute inférence qui pourrait être faite à partir de la police d'assurance.

Aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait pu, au vu de cette preuve, déclarer l'accusé coupable du meurtre de son épouse. Il n'y avait aucune preuve à laquelle devait répondre l'accusé. Le juge du procès a eu raison d'accueillir la demande de verdict imposé et d'inscrire l'acquiescement.

J'accueillerais le pourvoi, j'annulerais l'ordonnance de la Cour d'appel et je rétablirais l'acquiescement.

Pourvoi rejeté, les juges MCLACHLIN et MAJOR sont dissidents.

Solicitors for the appellant: Paul Carter, Criminal Lawyers, London.

Procureurs de l'appelant: Paul Carter, Criminal Lawyers, London.

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

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

**Consolidated Maybrun Mines Limited and
J. Patrick Sheridan** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CONSOLIDATED MAYBRUN MINES LTD.

File No.: 25326.

1998: January 29; 1998: April 30.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Administrative law — Validity of order — Collateral attack on administrative order in penal proceedings — Circumstances in which person charged with failing to comply with administrative order can collaterally attack validity of order — Applicable principles.

Environmental law — Offences — Defences — Validity of administrative order — Order made under provincial environmental protection statute to prevent risk of contamination — Persons to whom order directed not availing themselves of right to appeal under statute and ignoring order — Persons charged with failing to comply with order — Whether these persons can raise validity of order by way of defence — Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141, ss. 17, 146(1a).

The appellant company owns a gold and copper mine and the appellant P.S. is the guiding mind of the company. After inspecting the mine, employees of the Ontario Ministry of the Environment concluded that it was abandoned and that transformers containing PCBs presented a risk of environmental contamination. Despite numerous efforts to have the company take corrective action, the condition of the site did not change. In 1987, the Ministry's Regional Director issued an order, under s. 17 of the *Environmental Protection Act*, and required the appellants, *inter alia*, to construct a storage area for the transformers, to clean the concrete stained by spillage of contaminated oil, and to drum the contaminated material. The appellants did not appeal to

**Consolidated Maybrun Mines Limited et
J. Patrick Sheridan** *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CONSOLIDATED MAYBRUN MINES LTD.

N° du greffe: 25326.

1998: 29 janvier; 1998: 30 avril.

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

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

Droit administratif — Validité d'une ordonnance — Contestation incidente d'une ordonnance administrative dans le cadre d'une procédure pénale — Dans quelles circonstances une personne accusée de ne pas s'être conformée à une ordonnance administrative peut-elle en soulever la validité de façon incidente? — Principes applicables.

Droit de l'environnement — Infraction — Moyen de défense — Validité d'une ordonnance administrative — Arrêté pris en vertu d'une loi provinciale sur la protection de l'environnement pour prévenir un risque de contamination — Personnes visées par l'arrêté ne se prévalant pas des mécanismes d'appel prévus à la loi et ignorant l'arrêté — Personnes accusées de ne pas s'être conformées à l'arrêté — Ces personnes peuvent-elles soulever comme moyen de défense la validité de l'arrêté? — Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1980, ch. 141, art. 17, 146(1a).

La compagnie appelante est propriétaire d'une mine d'or et de cuivre et l'appelant P.S. est la tête dirigeante de cette compagnie. Après avoir visité la mine, les employés du ministère de l'Environnement de l'Ontario ont conclu qu'elle était abandonnée et que des transformateurs contenant des BPC présentaient un risque de contamination pour l'environnement. Malgré de multiples démarches pour que la compagnie remédie à la situation, l'état des lieux est demeuré inchangé. En 1987, un directeur régional du ministère a pris un arrêté, en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur la protection de l'environnement*, et ordonné notamment aux appelants de construire un abri pour entreposer les transformateurs, de nettoyer le solage de béton souillé par des écoule-

the Environmental Appeal Board and basically elected to disregard the order. When charged by the Ministry with failing to comply with the order, the appellants submitted by way of defence that the order was invalid. They argued that there were no reasonable and probable grounds, as required by s. 17(2) of the Act, to believe that the situation at the mine constituted an environmental risk. After examining the evidence, the trial judge concluded that only the order to drum and store the contaminated material was valid and ordered the appellants to pay a fine. The Ontario Court (General Division) allowed the respondent's appeal with respect to the counts relating to the failure to construct a storage area and to clean, and dismissed the appellants' appeal of the conviction. The court held that by reviewing the validity of the order, the trial judge had exceeded his jurisdiction under the *Environmental Protection Act* and encroached on the Environmental Appeal Board's functions. The Court of Appeal affirmed that judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

The question of whether a penal court may determine the validity of an administrative order on a collateral basis depends on the statute under which the order was made. The best way to decide this question, taking both the integrity of the administrative process and the interests of litigants into account, is to focus the analysis on the legislature's intention as to the appropriate forum. In doing this, it must be presumed that the legislature did not intend to deprive a person to whom an order is directed of an opportunity to assert his or her rights. The wording of the statute from which the power to issue the order derives, the purpose of the legislation, the availability of an appeal, the nature of the collateral attack taking into account the appeal tribunal's expertise and *raison d'être*, and the penalty on a conviction for failing to comply with the order are all important, but not exhaustive, factors for determining the legislature's intention. In this case, a review of the *Environmental Protection Act* leads to the conclusion that the trial judge lacked jurisdiction to rule on the validity of the order. Persons charged with failing to comply with an order made under this legislation may not collaterally attack the validity of the order after failing to avail themselves of the appeal mechanisms provided by the Act.

ments d'huile contaminée, et de mettre dans des barils les matériaux contaminés. Les appelants n'ont pas interjeté appel devant la Commission d'appel de l'environnement et ont choisi, pour l'essentiel, d'ignorer l'arrêt. Accusés par le ministère de ne pas s'être conformés à cet arrêté, les appelants ont soulevé son invalidité comme moyen de défense. Ils ont soutenu qu'il n'existait pas de motifs raisonnables et probables, tel que requis par le par. 17(2) de la Loi, de croire que la situation à la mine présentait un risque pour l'environnement. Après examen de la preuve, le juge du procès a conclu que seule l'ordonnance relative à la mise en barils et au remisage des matériaux contaminés était valide et il a condamné les appelants à une amende. La Cour de l'Ontario (Division générale) a accueilli l'appel de l'intimée concernant les chefs d'accusation relatifs au défaut de construire un abri et de nettoyer, et a rejeté l'appel des appelants relatif à leur déclaration de culpabilité. La cour a statué que le juge du procès avait, en examinant la validité de l'arrêt, excédé la compétence que lui confère la *Loi sur la protection de l'environnement* et usurpé les fonctions confiées à la Commission d'appel de l'environnement. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La question de savoir si un tribunal pénal peut, de façon incidente, se prononcer sur la validité d'une ordonnance administrative dépend de la loi dont découle l'ordonnance. La façon appropriée de trancher cette question, compte tenu à la fois de l'intégrité du processus administratif et des intérêts des justiciables, est de placer au centre de l'analyse la recherche de l'intention législative quant au forum approprié. Ce faisant, il faut présumer que le législateur n'a pas voulu priver une personne visée par une ordonnance de l'occasion de faire valoir ses droits. Les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre une ordonnance, l'objectif de la loi, l'existence d'un droit d'appel, la nature de la contestation eu égard à l'expertise de l'instance d'appel et à sa raison d'être, et la sanction imposable pour le non-respect de l'ordonnance, sont des facteurs importants, mais non exhaustifs, qui permettent de cerner l'intention législative. En l'espèce, l'examen de la *Loi sur la protection de l'environnement* amène à conclure que le juge du procès n'avait pas compétence pour se prononcer sur la validité de l'arrêt. La personne accusée de ne pas s'être conformée à un arrêté pris en vertu de cette loi ne peut, en défense, chercher à attaquer de façon incidente la validité de l'ordonnance alors qu'elle ne s'est pas prévalu des mécanismes d'appel prévus par la Loi.

The purpose of the Act is primarily to prevent contamination of the province's environment. This purpose is reflected both in the scope of the powers conferred on the Director and in the establishment of an appeal board designed to counterbalance those powers by affording affected individuals an opportunity to present their points of view and to assert their rights as quickly as possible. Permitting a person to whom an order is directed to collaterally attack the order at the stage of penal proceedings would encourage conduct contrary to the Act's objectives and would tend to undermine its effectiveness. In this connection, the appellants cannot raise their right to make full answer and defence since there is no indication that the Act's appeal process is inadequate or that the Board was powerless to remedy the deficiency that they raise against the order.

With respect to the factor regarding the nature of collateral attack, whether the issue is lack of jurisdiction *ab initio* or loss of jurisdiction is irrelevant. What is important is on whom the legislature intended to confer jurisdiction to hear and determine the question raised. Since in this case the legislature set up a specialized tribunal to hear questions relating to the environment and to take the appropriate action necessary to prevent it from being contaminated, permitting a penal court to answer such questions in lieu of the Environmental Appeal Board, which was established precisely for this purpose, would undermine the scheme set up by the Act. Lastly, the penal consequences provided by the Act — fines — do not justify a conclusion that the legislature's intention was to authorize collateral attacks to the detriment of the Act's objectives and the Board's jurisdiction.

Cases Cited

Distinguished: *Re Mac's Convenience Stores Inc. and Minister of the Environment for Ontario* (1984), 48 O.R. (2d) 9; **referred to:** *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *R. v. Domm* (1996), 31 O.R. (3d) 540, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. viii; *Everywoman's Health Centre Society* (1988) v. *Bridges* (1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273; *McGee v. United States*, 402 U.S. 479 (1971); *Haretkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Commission des accidents du travail du Québec v. Valade*, [1982] 1 S.C.R. 1103; *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Khanna*

L'objectif premier de la Loi est de prévenir la contamination de l'environnement dans la province. Cet objectif se reflète à la fois dans l'étendue des pouvoirs conférés au directeur et dans la création d'une instance d'appel qui vise à contrebalancer ces pouvoirs en accordant aux personnes touchées l'occasion de faire connaître leur point de vue et de faire valoir leurs droits dans les plus brefs délais. Le fait d'autoriser une personne visée par un arrêté à attaquer l'ordonnance de façon incidente au stade du processus pénal encouragerait un comportement contraire aux objectifs de la Loi et tendrait à miner son efficacité. À cet égard, les appelants ne peuvent opposer leur droit à une défense pleine et entière puisque rien n'indique que le processus d'appel établi par la Loi est inadéquat ou que la Commission n'est pas habilitée à remédier au défaut que les appelants invoquent à l'encontre de l'arrêté.

Quant au facteur relatif à la nature de la contestation, il importe peu que soit invoquée l'absence de compétence *ab initio* ou la perte de compétence. Ce qui importe c'est de savoir qui le législateur a voulu habiliter à entendre et à trancher la question soulevée. Puisqu'en l'espèce le législateur a mis sur pied une instance spécialisée pour entendre les questions relatives à l'environnement et adopter les mesures appropriées pour prévenir sa contamination, permettre que ces questions soient tranchées par un tribunal pénal plutôt que par la Commission d'appel de l'environnement, créée à cette fin, porterait atteinte au régime mis en place par la Loi. Enfin, les conséquences pénales prévues par la Loi — des amendes — ne permettent pas de conclure que l'intention du législateur était d'autoriser des contestations incidentes, au détriment des objectifs poursuivis par la Loi et de la compétence de la Commission.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Re Mac's Convenience Stores Inc. and Minister of the Environment for Ontario* (1984), 48 O.R. (2d) 9; **arrêts mentionnés:** *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *R. c. Domm* (1996), 31 O.R. (3d) 540, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. viii; *Everywoman's Health Centre Society* (1988) c. *Bridges* (1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273; *McGee c. United States*, 402 U.S. 479 (1971); *Haretkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Commission des accidents du travail du Québec c. Valade*, [1982] 1 R.C.S. 1103; *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *R. c.*

v. *Procureur général du Québec* (1984), 10 Admin. L.R. 210; *R. v. Rice*, [1980] C.A. 310; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Campbell Chevrolet Ltd.* (1984), 14 C.E.L.R. 25; *R. v. Canchem Inc.* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 237; *R. v. Al Klippert Ltd.* (1996), 43 Alta. L.R. (3d) 225; *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414 (1944); *McKart v. United States*, 395 U.S. 185 (1969); *United States v. Mendoza-Lopez*, 481 U.S. 828 (1987); *R. v. Wicks*, [1997] 2 W.L.R. 876; *Director of Public Prosecutions v. Head*, [1959] A.C. 83; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048.

Statutes and Regulations Cited

Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141, ss. 1(1)(c) «contaminant» [am. 1983, c. 52, s. 1(1)], 2, 7, 8, 16, 17 [rep. & sub. *idem*, s. 6], 120 *et seq.*, 122(1), 123 [am. 1981, c. 49, s. 3], 143, 146(1a) [en. 1986, c. 68, s. 14], (3) [*idem*], (4) [*idem*].
Environmental Protection Act, R.S.O. 1990, c. E.19, ss. 17, 186(2).

Authors Cited

Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 28 O.R. (3d) 161, 89 O.A.C. 199, 133 D.L.R. (4th) 513, 105 C.C.C. (3d) 388, 19 C.E.L.R. (N.S.) 75, [1996] O.J. No. 881 (QL), affirming a judgment of the Ontario Court (General Division) (1993), 86 C.C.C. (3d) 317, 12 C.E.L.R. (N.S.) 171, [1993] O.J. No. 2935 (QL), which had allowed the respondent's appeal and dismissed the appellants' appeal from a judgment of the Ontario Court (Provincial Division) (1992), 73 C.C.C. (3d) 268 and 76 C.C.C. (3d) 94. Appeal dismissed.

Edward L. Greenspan, Q.C., and *Marie Henein*, for the appellants.

Lori Sterling and *Jerry Herlihy*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

Sharma, [1993] 1 R.C.S. 650; *Khanna c. Procureur général du Québec* (1984), 10 Admin. L.R. 210; *R. c. Rice*, [1980] C.A. 310; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Campbell Chevrolet Ltd.* (1984), 14 C.E.L.R. 25; *R. c. Canchem Inc.* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 237; *R. c. Al Klippert Ltd.* (1996), 43 Alta. L.R. (3d) 225; *Yakus c. United States*, 321 U.S. 414 (1944); *McKart c. United States*, 395 U.S. 185 (1969); *United States c. Mendoza-Lopez*, 481 U.S. 828 (1987); *R. c. Wicks*, [1997] 2 W.L.R. 876; *Director of Public Prosecutions c. Head*, [1959] A.C. 83; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.

Lois et règlements cités

Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1980, ch. 141, art. 1(1) «contaminant» [mod. 1983, ch. 52, art. 1(1)], 2, 7, 8, 16, 17 [abr. & rempl. *idem*, art. 6], 120 *et suiv.*, 122(1), 123 [mod. 1981, ch. 49, art. 3], 143, 146(1a) [aj. 1986, ch. 68, art. 14], (3) [*idem*], (4) [*idem*].
Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1990, ch. E.19, art. 17, 186(2).

Doctrine citée

Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 28 O.R. (3d) 161, 89 O.A.C. 199, 133 D.L.R. (4th) 513, 105 C.C.C. (3d) 388, 19 C.E.L.R. (N.S.) 75, [1996] O.J. No. 881 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1993), 86 C.C.C. (3d) 317, 12 C.E.L.R. (N.S.) 171, [1993] O.J. No. 2935 (QL), qui avait accueilli l'appel de l'intimée et rejeté l'appel des appelants contre un jugement de la Cour de l'Ontario (Division provinciale) (1992), 73 C.C.C. (3d) 268 et 76 C.C.C. (3d) 94. Pourvoi rejeté.

Edward L. Greenspan, c.r., et *Marie Henein*, pour les appelants.

Lori Sterling et *Jerry Herlihy*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

1 L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case raises the question whether and, if so, in what circumstances a person charged with failing to comply with an administrative order can collaterally attack the validity of the order. Although this is an important question, Canadian courts have, until now, had very few opportunities to pronounce upon it.

2 It should be noted at the outset that this Court has already spoken on the possibility of collateral attacks on the validity of court orders (*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223). In *Litchfield*, at p. 349, Iacobucci J. stated the basis of the rule against collateral attacks on court orders as follows:

The rationale behind the rule is powerful: the rule seeks to maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice. To allow parties to govern their affairs according to their perception of matters such as the jurisdiction of the court issuing the order would result in uncertainty. Further, “the orderly and functional administration of justice” requires that court orders be considered final and binding unless they are reversed on appeal (*R. v. Pastro* [(1988), 42 C.C.C. (3d) 485 (Sask. C.A.)], at p. 497).

3 For this reason, it is also settled that, as a general rule, a superior court will not be justified in reviewing the validity of a court order in respect of which a contempt charge has been laid — see, *inter alia*: *R. v. Domm* (1996), 31 O.R. (3d) 540 (C.A.), leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. viii; *Everywoman's Health Centre Society (1988) v. Bridges* (1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.).

4 The question raised by the case at bar is whether this same immunity should be conferred on administrative orders in light of the major differences that can exist between these two types of orders in relation, *inter alia*, to their legal nature and the

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent litige soulève la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelles circonstances une personne accusée d'avoir fait défaut de se conformer à une ordonnance administrative peut soulever de façon incidente la validité de l'ordonnance. Il s'agit d'une question importante à l'égard de laquelle les tribunaux canadiens n'ont eu cependant jusqu'ici que très peu d'occasions de se prononcer.

On notera au départ que notre Cour s'est déjà exprimée sur la possibilité d'attaquer de façon incidente la validité d'ordonnances judiciaires (*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223). Dans l'affaire *Litchfield*, à la p. 349, le juge Iacobucci exprimait en ces termes le fondement de la règle empêchant les contestations incidentes à l'encontre d'ordonnances judiciaires:

La règle repose sur un solide raisonnement: elle vise à maintenir la primauté du droit et à préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. L'incertitude résulterait si on permettait aux parties de gérer leurs affaires suivant la perception qu'ils ont de questions comme la compétence du tribunal qui rend l'ordonnance. De plus, [TRADUCTION] «l'administration ordonnée et pratique de la justice» exige que les ordonnances judiciaires soient considérées comme définitives et ayant force exécutoire à moins d'être annulées en appel (*R. c. Pastro* [(1988), 42 C.C.C. (3d) 485 (C.A. Sask.)], à la p. 497).

Pour cette raison, il a également été établi que, de façon générale, une cour supérieure ne sera pas justifiée de procéder à l'examen de la validité de l'ordonnance judiciaire pour laquelle une accusation d'outrage a été portée — voir, notamment: *R. c. Domm* (1996), 31 O.R. (3d) 540 (C.A.), permission d'en appeler refusée, [1997] 2 R.C.S. viii; *Everywoman's Health Centre Society (1988) c. Bridges* (1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.).

La question soulevée par le présent litige est celle de savoir si la même immunité devrait être conférée aux ordonnances administratives compte tenu des différences importantes qui peuvent exister entre ces deux types d'ordonnances, notamment

position within the state structure of the institutions that issue them.

I. Facts

The appellant Patrick Sheridan is the guiding mind of the Consolidated Maybrun company, which owns a gold and copper mine in Northern Ontario. After operating for a few years in the early 1970s, the mine was shut down until 1975 due to low ore prices. It was then reopened for 18 months before being shut down once again. Operations at the mine have not been resumed since that time.

In 1985, employees of the Ontario Ministry of the Environment inspected the mine. They found that the facilities had been vandalized, windows broken, chemicals strewn about inside the laboratory, water had penetrated and was obstructing the mine, and access to the facilities was not controlled. They also observed traces of oil contaminated with polychlorinated biphenyls ("PCBs") from a number of electrical transformers located both outside and inside the buildings. Based on these observations, they concluded that the mine was abandoned and that the transformers presented a risk of environmental contamination.

The Ministry of the Environment accordingly contacted the appellant company to have it take corrective action. Despite a meeting with the appellant's electrician, Mr. Vernon, an inspection by Ministry employees in 1986 revealed that the condition of the site had not changed. Subsequent attempts by the Ministry to communicate with the appellant in writing and by telephone were also fruitless. In these circumstances, the Ministry's Regional Director gave the appellants notice on April 22, 1987 of his intention to issue an order requiring that the contaminated oil stains be cleaned up, that the transformers be stored in a secure building constructed for that purpose and undergo a triple rinse procedure, and finally that access to the site be secured. The notice also invited the appellants to respond to the Director's intention

quant à leur nature juridique et la place des institutions qui les rendent à l'intérieur de la structure étatique.

I. Les faits

L'appellant Patrick Sheridan est la tête dirigeante de la compagnie Consolidated Maybrun, propriétaire d'une mine d'or et de cuivre située dans le nord de l'Ontario. Après quelques années d'exploitation au tout début des années 70, la mine est fermée jusqu'en 1975 en raison de la baisse du prix du minerai. Elle est alors rouverte pour une période de 18 mois, puis fermée à nouveau. La mine n'a jamais été rouverte depuis.

En 1985, des employés du ministère de l'Environnement de l'Ontario visitent la mine. Ils constatent que les installations ont été vandalisées, que des vitres ont été brisées, que des produits chimiques sont répandus à l'intérieur du laboratoire, que de l'eau s'est infiltrée et obstrue la mine et que l'accès aux installations n'est pas contrôlé. Ils remarquent également des traces d'huile contaminée aux biphenyles polychlorés («BPC») provenant de plusieurs transformateurs électriques se trouvant à l'extérieur comme à l'intérieur des bâtiments. Sur la base de ces observations, ils concluent que la mine est abandonnée et que les transformateurs présentent un risque de contamination pour l'environnement.

Suite à ce constat, le ministère de l'Environnement communique avec la compagnie appelante afin qu'elle remédie à la situation. Malgré une rencontre avec l'électricien de l'appelante, M. Vernon, une visite du site en 1986 par des employés du ministère révèle que l'état des lieux est demeuré inchangé. Les tentatives subséquentes du ministère de communiquer par écrit et par téléphone avec l'appelante sont également vaines. Dans ces circonstances, le 22 avril 1987 le directeur régional du ministère avise les appelants de son intention de rendre un arrêté afin d'ordonner que les taches d'huile contaminée soient nettoyées, que les transformateurs soient entreposés dans un édifice sécuritaire construit à cette fin puis soumis à un triple rinçage et, enfin, que l'accès au site soit fermé. En outre, l'avis invite les appelants à répondre à l'in-

and make submissions concerning the proposed order within 15 days. As with the earlier letters, the notice went unanswered, and an inspection of the mine on May 7, 1987 confirmed that no action had been taken. The appellant did not respond until May 11; it did so through Mr. Sheridan, who expressed the opinion that the measures proposed by the Ministry were "ridiculous" and that it was up to the Ministry to clean up the PCBs.

8 On June 2, 1987, the Director issued an order under s. 17 of the *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 141 (now R.S.O. 1990, c. E.19). At the same time, he informed the appellants of their right under s. 122 of the *Environmental Protection Act* to appeal to the Environmental Appeal Board within 15 days of receiving the order, which required the appellants Sheridan and Consolidated Maybrun to take measures that can be summarized as follows:

- 1 — Construct a storage area for the contaminated transformers in accordance with specifications set out in the order;
- 2 — Clean or chip out the concrete surfaces where there is evidence of spillage of liquids contaminated with PCBs;
- 3 — Bag and drum the contaminated material (soil, wood and metal) and place the drums in a storage area on the property;
- 4 — Secure and prevent entry to the areas where the transformers are located, within seven days; and
- 5 — Upon completion of the storage area, carry out the triple rinse procedure on the transformers.

9 The appellants basically elected to disregard the order. The only action they took was to secure the areas where the transformers were located and put up signs indicating that access to the site was prohibited, although this was not done within the prescribed time. None of the other requirements of the order were met, no appeal was filed with the Board

tention du directeur et à lui faire des soumissions quant à l'ordonnance envisagée dans les 15 jours. Tout comme les lettres précédentes, l'avis demeure sans réponse et une inspection de la mine le 7 mai 1987 confirme qu'aucune mesure n'a été prise. L'appelante ne répond que le 11 mai, par la voix de M. Sheridan, qui exprime l'opinion que les mesures suggérées par le ministère sont [TRADUCTION] «ridicules» et qu'il appartient au ministère de procéder au nettoyage des BPC.

Le 2 juin 1987, le directeur rend un arrêté fondé sur l'art. 17 de la *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1980, ch. 141 (maintenant L.R.O. 1990, ch. E.19). Il avise du même coup les appelants de leur droit, en vertu de l'art. 122 de la *Loi sur la protection de l'environnement*, d'en appeler à la Commission d'appel de l'environnement dans les 15 jours de la réception de l'arrêté, lequel enjoint les appelants Sheridan et Consolidated Maybrun de prendre des mesures pouvant être résumées comme suit:

- 1 — Construire, conformément à certaines exigences indiquées dans l'arrêté, un abri pour entreposer les transformateurs contaminés;
- 2 — Nettoyer ou ciseler («chip») les surfaces de béton présentant des traces de déversement de liquide contaminé aux BPC;
- 3 — Mettre dans des sacs puis dans des barils les matériaux (sol, bois, métal) contaminés et entreposer les barils dans un abri sur la propriété;
- 4 — Verrouiller et bloquer l'accès aux endroits où se trouvaient les transformateurs dans les sept jours;
- 5 — Après construction de l'abri, procéder au triple-rinçage des transformateurs.

Pour l'essentiel, les appelants choisissent d'ignorer l'arrêté. La seule mesure prise est de clôturer les lieux où se trouvent les transformateurs et d'apposer des enseignes indiquant que l'accès au site est interdit. Cette mesure n'est toutefois pas complétée dans le délai imparti. Aucune des autres exigences de l'arrêté n'est satisfaite, aucun appel

and no application was made for judicial review of the order.

After the appellants failed to act, the Ministry had the site cleaned up and a storage area constructed for the transformers, at a cost of \$131,000. The Ministry also decided to lay charges under s. 146(1a) of the *Environmental Protection Act*, as amended by S.O. 1986, c. 68, s. 14(1) (now s. 186(2)). These charges comprised four separate counts: failure to construct a storage area for the transformers, failure to drum the PCB-contaminated material, failure to clean and chip out areas of the concrete floor stained by spillage of contaminated oil and, lastly, failure to prevent entry to the areas where the transformers were located. No charge was laid for the failure to rinse the transformers, as the Ministry of the Environment now considered this procedure inadequate.

II. Judgments

1. *Ontario Court (Provincial Division)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 268 and 76 C.C.C. (3d) 94

At trial, the appellants submitted by way of defence that the order of June 2, 1987 was invalid. In support of their position, they argued that there were no reasonable and probable grounds, as required by s. 17(2) of the *Environmental Protection Act*, to believe that the situation constituted an environmental risk. On this point, the trial judge was of the opinion that the validity of the order could be challenged, but only for lack of jurisdiction. Since the appellants had elected not to appeal the order to the Board, he could not rule on the merits of the order.

Nonetheless, the trial judge admitted extensive scientific evidence on the environmental risk presented by PCBs and the appropriate means for preventing those risks. He concluded that the order to construct a storage area could be justified only in light of the triple rinse procedure. However,

n'est déposé à la Commission et aucune tentative n'est faite pour obtenir une révision judiciaire de l'ordonnance.

Face à l'inaction des appelants, le ministère fait nettoyer le site et construire un abri pour les transformateurs, le tout au coût de 131 000 \$. Le ministre décide également de porter des accusations en vertu du par. 146(1a) de la *Loi sur la protection de l'environnement*, telle que modifiée par L.O. 1986, ch. 68, par. 14(1) (maintenant le par. 186(2)). Ces accusations comportent quatre chefs distincts, soit le défaut de construire un abri pour entreposer les transformateurs, le défaut de mettre dans des barils les matériaux contaminés par les BPC, le défaut de nettoyer et ciseler le solage de béton souillé par des écoulements d'huile contaminée et, enfin, le défaut d'empêcher l'accès aux lieux où se trouvaient les transformateurs. Aucune accusation n'est portée à l'égard du défaut de rincer les transformateurs puisque cette procédure est désormais considérée inadéquate par le ministère de l'Environnement.

II. Les décisions antérieures

1. *La Cour de l'Ontario (Division provinciale)* (1992), 73 C.C.C. (3d) 268 et 76 C.C.C. (3d) 94

Au procès, les appelants soulèvent en défense l'invalidité de l'arrêté du 2 juin 1987. Au soutien de leur position, ils avancent qu'il n'existait pas de motifs raisonnables et probables, tel que requis par le par. 17(2) de la *Loi sur la protection de l'environnement*, de croire que la situation présentait un risque pour l'environnement. À cet égard, le juge de première instance est d'avis que la validité de l'arrêté peut être attaquée, mais uniquement pour défaut de juridiction. Étant donné que les appelants ont choisi de ne pas en appeler de l'arrêté devant la Commission, il ne saurait être question pour lui de se prononcer sur le mérite de l'arrêté.

Le juge permet néanmoins une preuve scientifique étendue relative aux dangers que présentent les BPC pour l'environnement et à la façon de prévenir adéquatement les risques associés aux BPC. Il conclut que l'ordre de construire un abri ne pouvait se justifier qu'à la lumière de la procédure de

10

11

12

since the Ministry now considered that procedure inadequate and had abandoned it, the judge concluded that there could be no reasonable and probable grounds to justify construction of the storage area. As for the order to clean and chip out the concrete surfaces, he also concluded that the scientific evidence did not support the order and that the order was neither necessary nor even desirable. Regarding the order to secure the site within seven days, he found it unreasonable in that it did not take the nature of the risk and the characteristics of the site into account.

13 The only order the trial judge considered valid and a possible ground for convicting the appellants was the order to drum and store the contaminated material. However, he felt that it was open to the appellants to raise a defence of due diligence in respect of this order by showing that compliance with it would entail a greater environmental risk than non-compliance. Since they had failed to show this, the appellants were convicted on this count alone. Consolidated Maybrun and Mr. Sheridan were accordingly ordered to pay fines of \$5,000 and \$500, respectively.

2. *Ontario Court (General Division)* (1993), 86 C.C.C. (3d) 317

14 Kurisko J. allowed the respondent's appeal with respect to the orders to construct a storage area and clean the concrete surfaces, and dismissed the appellants' cross-appeal. In his view, the trial judge had exceeded his jurisdiction under the *Environmental Protection Act* by reviewing the validity of the order on which the charges were based. Kurisko J.'s decision was based on his understanding of the legislature's intention in enacting the *Environmental Protection Act* in the context of a modern industrial society concerned with protecting the environment. In his view, the entire procedural scheme set up by the Act shows that the legislature did not intend to allow an accused to circumvent the Act's appeal mechanisms and ignore an order with impunity. These appeal mechanisms would be unnecessary if a person charged

triple-rinçage. Or, cette procédure étant désormais reconnue comme inadéquate et abandonnée par le ministère, le juge conclut qu'il ne pouvait exister de motifs raisonnables et probables permettant de justifier la construction de l'abri. Quant à l'ordre de nettoyer et de ciseler les surfaces de béton, il conclut également que la preuve scientifique n'appuyait pas l'ordonnance et que celle-ci n'était ni nécessaire ni même souhaitable. En ce qui a trait à l'ordre de verrouiller les lieux dans les sept jours, il est d'avis que cet ordre était déraisonnable car il ne tenait pas compte de la nature du risque et des caractéristiques des lieux.

La seule ordonnance que le juge du procès accepte comme valide et susceptible d'entraîner la condamnation des appelants est celle relative à la mise en barils et au remisage des matériaux contaminés. À cet égard, cependant, il est d'avis que les appelants peuvent faire valoir une défense de diligence raisonnable en démontrant que le respect de l'ordonnance présentait un plus grand risque pour l'environnement que son non-respect. N'ayant pas réussi dans cette démonstration, les appelants sont condamnés sur ce seul chef. En conséquence, Consolidated Maybrun et M. Sheridan se voient imposer une amende de 5 000 \$ et de 500 \$ respectivement.

2. *La Cour de l'Ontario (Division générale)* (1993), 86 C.C.C. (3d) 317

Le juge Kurisko accueille l'appel de l'intimée concernant l'ordre de construire un abri ainsi que l'ordre de nettoyer les surfaces de béton et rejette l'appel incident des appelants. À son avis, le juge de première instance a excédé la juridiction que lui confère la *Loi sur la protection de l'environnement* en examinant la validité de l'arrêt sur lequel se fondent les accusations. Sa décision repose sur ce qu'il conçoit être l'intention de la législature en édictant la *Loi sur la protection de l'environnement* dans le contexte d'une société industrielle moderne soucieuse de la protection de l'environnement. Selon lui, la structure procédurale complète édictée par la Loi démontre que la législature n'a pas voulu qu'un accusé puisse court-circuiter les mécanismes d'appel mis en place et ignorer impunément un arrêt. Ces mécanismes d'appel seraient

with failing to comply with an order could collaterally attack its validity in a penal court without appealing it in accordance with the prescribed procedure. Kurisko J. concluded that in ruling on the validity of the order, the trial judge had encroached on the Environmental Appeal Board's functions.

3. *Court of Appeal* (1996), 105 C.C.C. (3d) 388

Laskin J.A., writing for the Court of Appeal, dismissed the appeal. In his view, the rule laid down in *Litchfield*, *supra*, must apply, with certain restrictions, to an administrative order. He held that the following five factors should be considered in determining whether a collateral attack is permissible: (1) the wording of the statute; (2) the purpose of the legislation; (3) the availability of an appeal; (4) the kind of collateral attack; and (5) the penalty on a conviction for failing to comply with the order.

In the case at bar, the wording of the Act neither permits nor forbids a collateral attack on the validity of the order. An attempt must, therefore, be made to ascertain the legislature's intention in this respect. In his view, the objective of environmental protection would be undermined if a court were permitted, in a trial on a charge of non-compliance with an order issued by the Director, to rule on the existence of reasonable and probable grounds for making the order. The purpose of the Act is to protect public and societal interests by creating regulatory, rather than criminal, offences. These provisions are intended to encourage compliance with orders for the general welfare of society. Furthermore, the Act balances these interests with the interests of those to whom an order is directed by providing for the possibility of an appeal within 15 days entailing a *de novo* hearing by the Board.

As to the nature of the collateral attack, Laskin J.A. distinguished between lack of jurisdiction *ab initio*, which can result in a collateral attack on an order, and an error, even if unreasonable, committed by a director in exercising his or her jurisdiction, which is not open to such an attack. He con-

rendus inutiles si une personne accusée de n'avoir pas respecté un arrêté pouvait en attaquer la validité de façon incidente devant un tribunal pénal sans avoir formé un appel suivant la procédure prescrite. Le juge Kurisko conclut qu'en statuant sur la validité de l'arrêté, le juge du procès a usurpé les fonctions confiées à la Commission d'appel de l'environnement.

3. *La Cour d'appel* (1996), 105 C.C.C. (3d) 388

Au nom de la Cour d'appel, le juge Laskin rejette le pourvoi. À son avis, la règle énoncée dans l'arrêt *Litchfield*, précité, doit, avec certains assouplissements, trouver application dans le contexte d'une ordonnance administrative. À cet égard il conclut que les cinq facteurs suivants doivent être considérés pour déterminer si une attaque incidente peut être autorisée: (1) les termes de la loi; (2) l'objectif de la loi; (3) l'existence d'un droit d'appel; (4) la nature de la contestation; et (5) la sanction imposable pour défaut d'avoir respecté l'ordonnance.

En l'occurrence, les termes de la Loi n'autorisent ni n'interdisent d'attaquer de façon incidente la validité de l'arrêté. Il faut donc chercher à déterminer l'intention de la législature à cet égard. Selon lui, l'objectif de protection de l'environnement serait miné si l'on devait autoriser une cour, dans le cadre d'un procès sur une accusation pour non respect d'un arrêté rendu par le directeur, à se prononcer sur l'existence de motifs raisonnables et probables à l'appui de l'arrêté. La Loi cherche à protéger les intérêts de la société et du public en créant des infractions réglementaires plutôt que criminelles. Ces dispositions visent à encourager le respect des arrêtés pour le bénéfice général de la société. Par ailleurs, la Loi concilie ces intérêts avec ceux de personnes visées par un arrêté en prévoyant la possibilité d'un appel par voie de procès *de novo* devant la Commission dans les 15 jours.

Quant à la nature de la contestation, le juge Laskin fait une distinction entre l'absence de juridiction *ab initio*, qui peut être invoquée de façon incidente à l'encontre d'un arrêté, et l'erreur, même déraisonnable, commise par un directeur dans l'exercice de sa juridiction et qui est à l'abri

15

16

17

cluded that in the case at bar the Director did have jurisdiction to make the order. On the final factor, Laskin J.A. noted that the penalty is a fine rather than imprisonment.

18 Concerning the due diligence defence raised by the appellants, Laskin J.A. concluded that accused persons cannot argue that an order was unreasonable or unfounded so as to avoid performing the obligations imposed on them by the order. That would amount to authorizing a disguised collateral attack.

III. Issues

19 The main issue concerns the appropriate forum for determining the validity of an administrative order. More specifically, the appeal raises two questions:

1. May persons charged with failing to comply with an order issued under the *Environmental Protection Act* collaterally attack the validity of the order by way of defence after failing to avail themselves of the appeal mechanisms provided by the Act?

2. If so, was the order issued against the appellants invalid in whole or in part?

IV. Relevant Statutory Provisions

20 *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 141

1. — (1) In this Act,

(c) “contaminant” means any solid, liquid, gas, odour, heat, sound, vibration, radiation or combination of any of them resulting directly or indirectly from the activities of man that may,

- (i) impair the quality of the natural environment for any use that can be made of it,
- (ii) cause injury or damage to property or to plant or animal life,

d’une semblable attaque. En l’espèce, il conclut que le directeur avait juridiction pour rendre l’arrêté. Considérant le dernier facteur, le juge Laskin note que la sanction est une amende plutôt que l’emprisonnement.

En ce qui a trait à la défense de diligence raisonnable invoquée par les appelants, le juge Laskin conclut qu’elle ne saurait permettre à un accusé de plaider que l’arrêté était déraisonnable ou mal fondé afin de se soustraire aux obligations qui lui sont imposées par l’arrêté. Cela équivaudrait, en effet, à autoriser une attaque incidente de façon déguisée.

III. Les questions en litige

Il s’agit, essentiellement, de déterminer quel est le forum approprié pour décider de la validité d’une ordonnance administrative. Plus spécifiquement, le pourvoi soulève les deux questions suivantes:

1. Une personne accusée d’avoir fait défaut de se conformer à un arrêté rendu en vertu de la *Loi sur la protection de l’environnement* peut-elle, en défense, chercher à attaquer de façon incidente la validité de l’ordonnance alors qu’elle ne s’est pas prévalu des mécanismes d’appel prévus par la Loi?

2. Dans l’affirmative, l’arrêté rendu contre les appelants était-il en totalité ou en partie invalide?

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la protection de l’environnement, L.R.O. 1980, ch. 141

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

«contaminant» Solide, liquide, gaz, son, odeur, chaleur, vibration, radiation ou une combinaison de ces éléments qui proviennent, directement ou indirectement, des activités humaines et qui peuvent, selon le cas :

- (i) dégrader la qualité de l’environnement naturel relativement à tout usage que l’on peut en faire,
- (ii) causer du tort ou des dommages à des biens, des végétaux ou des animaux,

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> (iii) cause harm or material discomfort to any person, (iv) adversely affect the health or impair the safety of any person, (v) render any property or plant or animal life unfit for use by man, (vi) cause loss of enjoyment of normal use of property, or (vii) interfere with the normal conduct of business. | <ul style="list-style-type: none"> (iii) nuire ou causer des malaises sensibles à quiconque, (iv) altérer la santé de quiconque ou porter atteinte à sa sécurité, (v) rendre des biens, des végétaux ou des animaux impropres à l'usage des êtres humains, (vi) causer la perte de jouissance de l'usage normal d'un bien, (vii) entraver la marche normale des affaires. |
|---|--|

16. Where any person causes or permits the deposit, addition, emission or discharge into the natural environment of a contaminant that injures or damages land, water, property or plant life, the Minister, where he is of the opinion that it is in the public interest so to do, may order such person to do all things and take all steps necessary to repair the injury or damage.

16 Si une personne cause ou autorise le dépôt, l'émission ou le rejet d'un contaminant dans l'environnement naturel ou son addition à l'environnement, et que ce contaminant cause du tort ou des dommages à un terrain, à l'eau, à des biens ou des végétaux, le ministre, s'il est d'avis qu'il est dans l'intérêt public d'agir ainsi, peut ordonner à cette personne de prendre toutes les mesures nécessaires et de faire tout ce qui s'impose afin de réparer le tort ou les dommages causés.

17. — (1) The Director, in the circumstances mentioned in subsection (2), by a written order may require a person who owns or who has management or control of an undertaking or property to do any one or more of the following:

17 (1) Dans les circonstances prévues au paragraphe (2), le directeur peut, par arrêté écrit, exiger d'une personne qui est propriétaire d'une entreprise ou d'une propriété, qui en assure la gestion ou en a le contrôle, de procéder à l'une ou plus des mesures suivantes :

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. To have available at all times, or during such periods of time as are specified in the order, the equipment, material and personnel specified in the order at the locations specified in the order. 2. To obtain, construct and install or modify the devices, equipment and facilities specified in the order at the locations and in the manner specified in the order. 3. To implement procedures specified in the order. 4. To take all steps necessary in order that procedures specified in the order will be implemented in the event that a contaminant is discharged into the natural environment from the undertaking or property. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Avoir à portée de la main, en permanence ou pendant les périodes que précise l'arrêté, l'équipement, le matériel et le personnel prévus dans l'arrêté et aux emplacements qui y sont mentionnés. 2. Acquérir, construire, installer ou modifier les appareils, l'équipement et les installations prévus dans l'arrêté aux emplacements et de la façon visée dans l'arrêté. 3. Mettre en œuvre les procédures précisées dans l'arrêté. 4. Prendre les mesures nécessaires de façon à appliquer les procédures précisées dans l'arrêté dans le cas où un contaminant serait rejeté dans l'environnement naturel à partir de l'entreprise ou de la propriété ou sur cette dernière. |
|--|--|

(2) The Director may make an order under this section where the Director is of the opinion, upon reasonable and probable grounds,

(2) Le directeur peut prendre l'arrêté visé au présent article s'il est d'avis, en se fondant sur des motifs raisonnables et probables :

- | | |
|---|--|
| <p>(a) that the nature of the undertaking or of anything on or in the property is such that if a contaminant is discharged into the natural environment from the undertaking or from or on the property, the contaminant will result or is likely to result in an effect mentioned in clause 1 (1) (c); and</p> | <p>a) que l'entreprise, la propriété ou l'un quelconque de ses éléments sont d'une nature telle que si un contaminant est rejeté dans l'environnement naturel à partir de l'entreprise ou de la propriété ou sur cette dernière, il en résultera ou en résultera vraisemblablement une conséquence visée à la définition du terme «contaminant» au paragraphe 1 (1);</p> |
|---|--|

(b) that the requirements specified in the order are necessary or advisable in order,

- (i) to prevent or reduce the risk of the discharge of the contaminant into the natural environment from the undertaking or from or on the property, or
- (ii) to prevent, decrease or eliminate an effect mentioned in clause 1 (1) (c) that will result or that is likely to result from the discharge of the contaminant into the natural environment from the undertaking or from or on the property.

122. — (1) A person to whom an order of the Director is directed may, by written notice served upon the Director and the Board within fifteen days after service upon him of a copy of the order, require a hearing by the Board.

123. — (1) A hearing by the Board shall be a new hearing and the Board may confirm, alter or revoke the action of the Director that is the subject-matter of the hearing and may by order direct the Director to take such action as the Board considers the Director should take in accordance with this Act and the regulations, and, for such purposes, the Board may substitute its opinion for that of the Director.

(2) Any party to a hearing before the Board under this section may appeal from its decision or order on a question of law to the Divisional Court in accordance with the rules of court.

(3) A party to a hearing before the Board may, within thirty days after receipt of the decision of the Board or within thirty days after final disposition of an appeal, if any, under subsection (2), appeal in writing to the Minister on any matter other than a question of law and the Minister shall confirm, alter or revoke the decision of the Board as to the matter in appeal as he considers in the public interest.

146. . . .

(1a) Every person who fails to comply with an order under this Act is guilty of an offence.

(3) Every person who is guilty of an offence under subsection (1), (1a) or (1b) or section 147a is liable on conviction for each day or part of a day on which the offence occurs or continues to a fine of not more than

b) que les exigences précisées dans l'arrêté sont nécessaires ou souhaitables de façon à :

- (i) empêcher ou diminuer le risque de rejet du contaminant dans l'environnement naturel à partir de l'entreprise ou de la propriété ou sur cette dernière,
- (ii) empêcher, diminuer ou éliminer une conséquence visée à la définition du terme «contaminant» au paragraphe 1 (1) qui résultera ou résultera vraisemblablement du rejet du contaminant dans l'environnement naturel à partir de l'entreprise ou de la propriété ou sur cette dernière.

122 (1) Une personne à qui s'adresse un arrêté du directeur peut, au moyen d'un avis écrit signifié au directeur et à la Commission dans les quinze jours qui suivent la date où lui est signifiée une copie de l'arrêté, exiger d'être entendue par la Commission.

123 (1) L'audience tenue par la Commission est une nouvelle audience et la Commission peut confirmer, modifier ou révoquer l'action du directeur qui constitue l'objet de l'audience. Elle peut, par ordonnance, enjoindre au directeur de prendre les mesures qu'elle estime qu'il doit prendre conformément à la présente loi et les règlements et, à ces fins, la Commission peut substituer son opinion à celle du directeur.

(2) Une partie à une audience tenue devant la Commission en vertu du présent article peut faire appel de sa décision ou de l'ordonnance qu'elle rend sur une question de droit devant la Cour divisionnaire, conformément aux règles de pratique.

(3) Une partie à une audience tenue devant la Commission peut, dans les trente jours qui suivent la réception de la décision de la Commission ou la conclusion définitive de l'appel porté, le cas échéant, en vertu du paragraphe (2), interjeter appel par écrit devant le ministre de toute question autre qu'une question de droit. Le ministre confirme, modifie ou révoque la décision de la Commission en ce qui concerne la question en appel, selon ce qu'il estime dans l'intérêt public.

146 . . .

(1a) Quiconque ne se conforme pas à un arrêté pris en vertu de la présente loi est coupable d'une infraction.

(3) Quiconque commet une infraction prévue aux paragraphes (1), (1a) ou (1b) ou à l'article 147a est passible, sur déclaration de culpabilité, pour chaque journée ou partie de journée au cours de laquelle l'infraction est

\$5,000 on a first conviction and not more than \$10,000 on each subsequent conviction.

(4) Where a corporation is convicted of an offence under subsection (1), (1a) or (1b), the maximum fine that may be imposed for each day or part of a day on which the offence occurs or continues is \$25,000 on a first conviction and \$50,000 on each subsequent conviction and not as provided in subsection (3).

V. Analysis

1. *General Comments*

Before trying to answer the question raised by this appeal, it may be helpful to define its parameters somewhat and review the context in which this question arises.

It must be mentioned at the outset that the issues involved in the question of “collateral attacks” on administrative orders are different from those traditionally encountered in the judicial review context. Cases involving the superintending and reforming power of the superior courts are generally concerned with determining whether courts must show deference in reviewing a decision by an administrative tribunal. Although administrative orders like the one in the case at bar can be subject to judicial review by the superior courts, the problem before us presupposes, *inter alia*, that the affected party did not apply for review. Thus, the question that arises is, instead, whether a penal court, which is not necessarily a superior court, can determine the validity of an administrative order when the case before it concerns primarily a charge of a penal nature.

Admittedly, the issue before this Court involves considerations that are not entirely foreign to those which inform the superintending and reforming

commise ou se poursuit, d'une amende d'au plus 5 000 \$ à l'égard d'une première déclaration de culpabilité et d'une amende d'au plus 10 000 \$ à l'égard de chaque déclaration de culpabilité subséquente.

(4) Lorsqu'une personne morale est déclarée coupable d'une infraction prévue aux paragraphes (1), (1a) ou (1b), l'amende maximale qui peut être imposée pour chaque journée ou partie de journée au cours de laquelle l'infraction est commise ou se poursuit est de 25 000 \$ à l'égard d'une première déclaration de culpabilité et de 50 000 \$ à l'égard de chaque déclaration de culpabilité subséquente, contrairement à ce que prévoit le paragraphe (3).

V. Analyse

1. *Remarques générales*

Avant de chercher à répondre à la question soulevée par le présent pourvoi, il peut être utile d'en préciser quelque peu les paramètres et d'examiner le contexte duquel cette question émerge.

Il importe au départ de préciser que la question des «attaques incidentes» à l'encontre d'ordonnances administratives met en cause des considérations distinctes de celles rencontrées traditionnellement en matière de contrôle judiciaire. En effet, dans les affaires impliquant le pouvoir de contrôle des cours supérieures, il s'agit généralement de déterminer si la cour doit faire preuve de retenue judiciaire à l'égard d'une décision émanant d'une instance administrative. Bien que les ordonnances administratives du type de celle qui nous préoccupe ici puissent faire l'objet d'un contrôle judiciaire par les cours supérieures, le problème auquel nous sommes confrontés suppose, notamment, qu'aucune demande de révision n'ait été formulée par la partie touchée. Ainsi, la question qui se pose est plutôt celle de savoir si un tribunal pénal, qui n'est pas nécessairement une cour supérieure, peut se prononcer sur la validité d'une ordonnance administrative alors que l'objet premier du litige dont il est saisi est une accusation de nature pénale.

Le problème dont nous sommes saisis fait appel, il est vrai, à des considérations qui ne sont pas entièrement étrangères à celles qui sous-tendent le

21

22

23

power of the superior courts. In both cases, the lawfulness of government actions is at issue. In the United States, the question of collateral attacks in penal proceedings has been resolved by means of the “exhaustion doctrine”, which is intended primarily to protect the integrity of administrative mechanisms set up by law. See, in particular, *McGee v. United States*, 402 U.S. 479 (1971). Our own administrative law recognizes a similar doctrine relating to the discretion enjoyed by the superior courts in exercising their superintending and reforming power. See: *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Commission des accidents du travail du Québec v. Valade*, [1982] 1 S.C.R. 1103; *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3. Although I will be discussing the American case law on collateral attacks below, I simply point out here that it would be wrong to think that the considerations underlying the exhaustion doctrine in the judicial review context are irrelevant to the issue before this Court. However, this is insufficient to deprive the problem submitted to the Court of its inherent originality and permit it to be resolved by directly transposing principles developed in another context, i.e. the superintending and reviewing power of superior courts.

pouvoir de contrôle et de surveillance des cours supérieures. Dans les deux cas, c'est la légalité des actes de l'Administration qui est soulevée. Aux États-Unis, la question des attaques incidentes dans le cadre de procédures pénales a été résolue par le moyen de la doctrine dite de l'épuisement des recours (*exhaustion doctrine*) qui vise principalement à protéger l'intégrité des mécanismes administratifs mis en place par la loi. Voir en particulier l'arrêt *McGee c. United States*, 402 U.S. 479 (1971). Notre propre droit administratif connaît une doctrine similaire relativement à la discrétion dont jouissent les cours supérieures dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance et de contrôle. Voir: *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Commission des accidents du travail du Québec c. Valade*, [1982] 1 R.C.S. 1103; *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3. Bien que j'examine plus loin la jurisprudence américaine sur la question des attaques incidentes, je me permets simplement de souligner à ce stade qu'il serait faux de penser que les considérations qui sous-tendent la doctrine de l'épuisement des recours dans le contexte du contrôle judiciaire n'ont aucune pertinence pour la question dont nous sommes saisis. Cela n'est cependant pas suffisant pour priver le problème qui nous est soumis de son originalité propre et pour permettre de le résoudre en y transposant directement des principes développés dans un autre contexte, soit le pouvoir de contrôle et de surveillance des cours supérieures.

24

On the other hand, while it is true that the instant case does not arise in a judicial review context, it does not involve a court sitting on appeal from an administrative decision either. Indeed, the question of collateral attacks clearly arises precisely when the relevant statute provides for no right of appeal to the court responsible for trying the charge. As will be seen below, this does not necessarily mean that no appeal otherwise lies to another forum or that the existence of such a right of appeal is not a relevant factor. However, the problem raised by collateral attacks requires us, at the outset, to take into account the legislature's decision not to confer the power to hear an appeal

Par ailleurs, s'il est vrai que nous ne sommes pas dans un contexte de contrôle judiciaire, nous ne sommes pas non plus confrontés à la situation d'un tribunal siégeant en appel d'une décision administrative. En fait, à l'évidence, la question des attaques incidentes se pose précisément lorsqu'aucun droit d'appel devant le tribunal chargé d'entendre l'accusation n'est prévu par la loi en question. Cela ne signifie pas nécessairement, comme on le verra par la suite, qu'aucun droit d'appel n'existe par ailleurs devant une autre instance et que l'existence d'un droit d'appel ou son absence n'est pas un facteur à prendre en considération. Mais le problème soulevé par les attaques

from the administrative order on the court responsible for hearing the charge. From this perspective, the question is, accordingly, the extent to which, where no right of appeal confers express jurisdiction on the trial judge, the rule of law enables a penal court, here a provincial court, to consider the validity of an administrative order where a person is charged with failing to comply with such order.

The rule of law viewed, in particular, as the submission of the executive branch to the authority of the law, is clearly an essential component of our constitutional structure. This principle requires that it be open to concerned citizens to bring the excesses of government to the attention of the courts, especially where penal sanctions are involved. It explains *inter alia* why a party against whom a regulatory provision is raised may collaterally attack the validity of the provision, as is generally the case, for example, with municipal by-laws — see *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Khanna v. Procureur général du Québec* (1984), 10 Admin. L.R. 210 (Que. C.A.); as well as *R. v. Rice*, [1980] C.A. 310, concerning a regulation enacted by a band council. However, the rule of law does not imply that the procedures for achieving it can be disregarded, nor does it necessarily empower an individual to apply to whatever forum he or she wishes in order to enforce compliance with it.

Finally, in resolving the problem of collateral attacks on administrative orders, it is necessary to bear in mind the role and importance of administrative structures in the organization of the various sectors of activity characteristic of contemporary society. The growing number of regulatory mechanisms and the corresponding administrative structures are a reflection of the state's will to intervene in spheres of activity, such as economics, communications media, health technology or the environ-

incidentes exige au départ de tenir compte du fait que le législateur a choisi de ne pas conférer au tribunal chargé d'entendre l'accusation le pouvoir d'entendre un appel à l'encontre de l'ordonnance administrative. Sous cet angle, la question est donc de savoir dans quelle mesure, en l'absence d'un droit d'appel qui donnerait expressément juridiction au juge du procès, le principe de légalité permet à un tribunal pénal, ici une cour provinciale, de considérer la validité de l'ordonnance administrative à laquelle une personne est accusée de ne pas s'être conformée.

Il ne fait aucun doute que le principe de légalité entendu, en particulier, comme la soumission de l'Exécutif à l'autorité de la loi, représente une composante essentielle de notre structure constitutionnelle. Ce principe exige que les citoyens concernés aient la possibilité de porter à l'attention des tribunaux les excès de l'Administration, en particulier lorsque des sanctions pénales sont en jeu. Il explique, notamment, le fait qu'une partie qui se voit opposer un texte réglementaire puisse attaquer de façon incidente la validité de ce texte comme c'est communément le cas, par exemple, en matière de réglementation municipale — voir *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Khanna c. Procureur général du Québec* (1984), 10 Admin. L.R. 210 (C.A. Qué.); de même que *R. c. Rice*, [1980] C.A. 310, relativement, cette fois, à un règlement adopté par un conseil de bande. Le principe de légalité n'implique toutefois pas que l'on puisse ignorer les procédures par lesquelles il est réalisé, ni ne confère nécessairement à un individu la faculté de s'adresser à n'importe quelle instance pour en assurer le respect.

Finalement, en cherchant réponse au problème des attaques incidentes à l'encontre d'ordonnances administratives, il faut tenir compte du rôle et de l'importance des structures administratives dans l'ordonnancement des divers secteurs d'activités qui caractérisent la société contemporaine. La multiplication des mécanismes réglementaires et des structures administratives correspondantes reflète la volonté de l'État d'intervenir dans des sphères d'activités dont la complexité croissante, que ce

25

26

ment, whose growing complexity requires constantly evolving expertise and normative instruments permitting a pointed and rapid intervention consistent with the specific circumstances of the situation. The effectiveness of these instruments depends to a large extent on the penal sanctions that ensure their authority. As Cory J. wrote in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 233:

The realities and complexities of a modern industrial society coupled with the very real need to protect all of society and particularly its vulnerable members, emphasize the critical importance of regulatory offences in Canada today. Our country simply could not function without extensive regulatory legislation.

27 In order to ensure the integrity of these administrative structures, while at the same time seeking to protect the rights of individuals affected by government actions, the legislature is free to set up internal mechanisms and establish appropriate forums to enable such individuals to assert their rights. In considering the requirements resulting from the rule of law and the rights of a person accused of non-compliance with an administrative order, it is important not to isolate the penal proceedings from the whole of the process established by the legislature.

2. *Applicable Principles*

(a) The Case Law

28 As Laskin J.A. pointed out, the Canadian case law relating to collateral attacks on administrative orders is surprisingly sparse. It does, however, contain some principles for determining the appropriate response to the problem at issue here.

29 In *R. v. Campbell Chevrolet Ltd.* (1984), 14 C.E.L.R. 25 (Ont. Prov. Ct.), Geiger Prov. Ct. J. held that a person charged with failing to comply

soit dans des domaines comme l'économie, les moyens de communication, la technologie de la santé ou l'environnement, fait appel à une expertise en constante évolution et requiert des instruments normatifs qui permettent une intervention ponctuelle, rapide et répondant aux circonstances particulières de la situation. L'efficacité de ces instruments dépend dans une bonne mesure des sanctions pénales qui assurent leur autorité. Comme l'écrivait le juge Cory dans l'affaire *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la p. 233:

Les réalités et les complexités d'une société industrielle moderne associées au besoin réel de protéger tous les membres de la société et, en particulier, ceux qui sont vulnérables font ressortir l'importance cruciale des infractions réglementaires au Canada aujourd'hui. Notre pays ne pourrait tout simplement pas fonctionner sans réglementation très étendue.

Afin d'assurer l'intégrité de ces structures administratives tout en cherchant à protéger les droits des personnes affectées par les actes de l'Administration, il est loisible au législateur de mettre en place des mécanismes internes et de prévoir des forums appropriés pour permettre à ces personnes de faire valoir leurs droits. En considérant les exigences qui découlent du principe de légalité et les droits d'une personne accusée de ne pas s'être conformée à une ordonnance administrative, il importe de ne pas isoler l'instance pénale de l'ensemble du processus mis en place par le législateur.

2. *Les principes applicables*

a) La jurisprudence

Comme l'a souligné le juge Laskin de la Cour d'appel, la jurisprudence canadienne sur la question des attaques incidentes à l'encontre d'ordonnances administratives est étonnamment mince. Elle fournit néanmoins certains guides pour cerner la façon appropriée de répondre au problème sous étude.

Dans l'affaire *R. c. Campbell Chevrolet Ltd.* (1984), 14 C.E.L.R. 25 (C. prov. Ont.), le juge Geiger a statué qu'une personne accusée de ne pas

with an order issued under s. 6 of the *Environmental Protection Act* cannot raise the validity of the order by way of defence. In his view, persons to whom such an order is directed should instead avail themselves of their right under the Act to appeal to the Board, and then to the Divisional Court.

The decision in *R. v. Canchem Inc.* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 237 (N.S. Prov. Ct.), also appears to be unfavourable to collateral attacks in penal proceedings for failing to comply with an administrative order. Although the decision is not explicit on this point, it should be noted that the *Environmental Protection Act*, S.N.S. 1973, c. 6, which was at issue in that case, provided, in s. 53, for a right to appeal the administrative order. According to the section in question, a judge sitting on appeal and whose decision was final, could rule on any question of law or fact, including whether or not the order was necessary to protect the environment.

The appellants refer to the comments of Saunders J. in *Re Mac's Convenience Stores Inc. and Minister of the Environment for Ontario* (1984), 48 O.R. (2d) 9 (Div. Ct.). Saunders J. wrote the following about the power under s. 16 of the *Environmental Protection Act* to order the clean-up of contaminated soil, at p. 13:

If the Minister has the work done, he may only recover his costs in a court of competent jurisdiction if he has made a s. 143 order. In this case, the power to make a s. 143 order is based on the Minister having "authority" to make the s. 16 order. In an action by the Minister to recover his costs, it would be open to the applicants to assert that they had not caused or permitted the emission and that the s. 16 order was therefore made without authority. Similarly, it would be my opinion, having regard to the subject matter and the pattern of the legislation, that a person prosecuted for failure to comply with the s. 16 order could defend on the ground that the pollution was not caused or permitted by him. [Emphasis added.]

s'être conformée à un arrêté rendu en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur la protection de l'environnement* ne pouvait soulever en défense la validité de l'arrêté. À son avis, une personne faisant l'objet d'un tel arrêté devait plutôt se prévaloir du droit d'appel devant la Commission que lui confère la Loi et, par la suite, du droit d'appel à la Cour divisionnaire.

La décision dans l'affaire *R. c. Canchem Inc.* (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 237 (C. prov. N.-É.), semble également défavorable aux attaques incidentes dans le cadre de poursuites pénales pour défaut de s'être conformé à une ordonnance administrative. Bien que la décision ne soit pas explicite à cet égard, je note cependant que l'*Environmental Protection Act*, S.N.S. 1973, ch. 6, qui était en cause dans cette affaire, prévoyait à son art. 53 un droit d'appel de l'ordonnance administrative. Suivant les termes de cet article, le juge siégeant en appel, et dont la décision était finale, pouvait se prononcer sur toute question de droit ou de fait, notamment sur la question de la nécessité de l'ordonnance pour la protection de l'environnement.

Les appelants, de leur côté, invoquent les propos du juge Saunders dans l'affaire *Re Mac's Convenience Stores Inc. and Minister of the Environment for Ontario* (1984), 48 O.R. (2d) 9 (C. div.). S'exprimant au sujet du pouvoir prévu à l'art. 16 de la *Loi sur la protection de l'environnement* d'ordonner le nettoyage de sols contaminés, le juge Saunders écrivait, à la p. 13:

[TRADUCTION] Si le ministre fait faire les travaux, il ne pourra recouvrer ses frais en s'adressant au tribunal compétent que s'il en a ordonné l'exécution en conformité avec l'art. 143. En l'espèce, le pouvoir d'ordonner l'exécution des travaux, prévu à l'art. 143, se fonde sur la compétence du ministre de prendre l'arrêté visé à l'art. 16. Dans le cadre d'une action intentée par le ministre pour recouvrer ses frais, les requérants pourraient faire valoir qu'ils n'ont ni causé ni autorisé l'émission et que celui-ci n'avait donc pas compétence pour prendre l'arrêté visé à l'art. 16. De la même façon, je serais d'avis, compte tenu du sujet et de l'économie de la loi, que la personne poursuivie pour avoir omis de se conformer à l'arrêté pris en vertu de l'art. 16 pourrait se défendre en soutenant qu'elle n'a ni causé ni autorisé la pollution en cause. [Je souligne.]

32 In the instant case, Laskin J.A. dismissed this passage as mere *obiter*. He also distinguished the case at bar on the basis that, at the time the decision in *Re Mac's Convenience Stores* was rendered, there was no right to appeal an order issued under s. 16, which is not the case here. This is, indeed, a significant difference.

33 Finally, there is the decision of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Al Klippert Ltd.* (1996), 43 Alta. L.R. (3d) 225, rendered shortly after the Ontario Court of Appeal's decision in the case at bar. Given that the case in question has also been appealed to this Court, I will, of course, limit my comments on the decision, in which Conrad J.A., speaking for the majority, authorized a collateral attack on an order issued pursuant to the Alberta *Planning Act*. Although she did not dismiss Laskin J.A.'s analysis in the instant case, Conrad J.A. concluded that the *Planning Act* should not be interpreted as conferring any immunity whatsoever from a development officer's order. She relied, in particular, on the fact that the Act did not declare such an order to be final and that, in her view, a judge responsible for trying a charge of non-compliance is, at any rate, called upon to rule on issues relating to land-use planning at the sentencing stage.

34 It can be seen from this survey of the Canadian case law that, in most of the cases, the existence of a right to appeal the order on which the penal charges were based appears to have been an important, if not decisive, factor. As will be seen below, while this factor cannot be decisive in itself, it is nonetheless a key element of the analysis. This factor is also central to the American case law, which, as already mentioned, is based on the exhaustion doctrine. It is, therefore, appropriate to take a brief look at it.

35 In *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414 (1944), the appellant was charged with violating an order fixing wartime meat prices and sought to challenge

Dans le présent litige, le juge Laskin a écarté ce passage comme un simple *obiter*. Il l'a également distingué du cas sous étude en affirmant qu'à l'époque où l'affaire *Re Mac's Convenience Stores* avait été décidée, il n'existait aucun droit d'appel d'une ordonnance rendue en vertu de l'art. 16, ce qui n'est pas le cas ici. Il s'agit, en effet, d'une différence significative.

Je mentionne, en dernier lieu, la décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans *R. c. Al Klippert Ltd.* (1996), 43 Alta. L.R. (3d) 225, rendue peu après la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire. Étant donné que nous sommes également saisis d'un appel dans ce dossier, je limiterai naturellement mes commentaires relativement à cette décision dans laquelle Madame le juge Conrad, au nom de la majorité, a autorisé une attaque incidente à l'encontre d'une ordonnance rendue sous l'autorité de la *Planning Act* de l'Alberta. Sans rejeter l'analyse du juge Laskin dans la présente affaire, le juge Conrad conclut que la *Planning Act* ne devait pas être lue comme conférant une quelconque immunité à l'encontre de l'ordonnance d'un agent de développement. Elle s'appuie en particulier sur le fait que la *Planning Act* ne déclarait pas finale une telle ordonnance, et sur le fait que, selon elle, le juge chargé d'entendre une accusation pour défaut de s'y être conformé était, de toute façon, appelé à se prononcer, au stade de la sentence, sur des questions de planification foncière.

Ce survol de la jurisprudence canadienne permet de constater que l'existence d'un droit d'appel de l'ordonnance à l'origine des accusations pénales semble être un facteur important sinon déterminant dans la majorité des affaires. Nous verrons par la suite que si ce facteur ne saurait en lui-même être décisif, il constitue, néanmoins, un élément clé de l'analyse. Ce facteur est également au cœur de la jurisprudence américaine qui, comme je l'ai mentionné précédemment, s'appuie sur la doctrine de l'épuisement des recours. Il convient alors d'y jeter un bref coup d'œil.

Dans l'affaire *Yakus c. United States*, 321 U.S. 414 (1944), l'appelant était accusé d'avoir violé une ordonnance fixant le prix de la viande en

the validity of the order by way of defence. Since the statute expressly established an appeal mechanism for challenging the order, the Supreme Court held that a person could not disregard this procedure and elect instead to attack the order in a trial for non-compliance. It wrote in this respect that a prohibition on attacking the order "is objectionable only if by statutory command or in operation it will deny, to those charged with violations, an adequate opportunity to be heard on the question of validity" (p. 446).

The rule against collateral attacks was tempered somewhat in *McKart v. United States*, 395 U.S. 185 (1969), which concerned a charge of failing to report for military service. The appellant wished to benefit from an exemption then conferred on a family's sole surviving son and challenged the validity of the military order on this basis. In light, in particular, of the fact that the appellant was liable to imprisonment, the court authorized the collateral attack on the basis that it would not jeopardize the integrity of the administrative process. However, it was careful to reiterate the general rule against such attacks on the basis of the exhaustion doctrine, as follows, at p. 195:

A complaining party may be successful in vindicating his rights in the administrative process. If he is required to pursue his administrative remedies, the courts may never have to intervene. And notions of administrative autonomy require that the agency be given a chance to discover and correct its own errors. Finally, it is possible that frequent and deliberate flouting of administrative processes could weaken the effectiveness of an agency by encouraging people to ignore its procedures.

The later cases confirmed the great reluctance of the United States Supreme Court to permit the invalidity of an administrative order to be raised by way of defence to a charge of violating the order. See, in particular, *McGee v. United States*,

temps de guerre et, en défense, cherchait à contester la validité de l'ordonnance. Comme la loi prévoyait expressément un mécanisme d'appel permettant de contester l'ordonnance, la Cour suprême statua qu'une personne ne pouvait ignorer cette procédure et choisir plutôt d'attaquer l'ordonnance dans le cadre d'un procès pour défaut de s'y être conformé. Elle écrivait à cet égard que l'interdiction d'attaquer l'ordonnance [TRADUCTION] «sera inacceptable seulement si, en vertu de la loi ou dans les faits, elle prive ceux qui sont accusés de violations, d'une possibilité suffisante d'être entendus sur la question de la validité» (p. 446).

Un certain tempérament fut apporté à la règle interdisant les attaques incidentes dans l'arrêt *McKart c. United States*, 395 U.S. 185 (1969). Il s'agissait, en l'occurrence, d'une accusation pour défaut de s'être rapporté au service militaire. L'appelant souhaitait invoquer le bénéfice d'une exemption alors accordée au dernier fils survivant d'une famille et, sur cette base, contestait la validité de l'ordonnance militaire. Considérant, en particulier, le fait que l'appelant était passible d'emprisonnement et estimant que l'intégrité du processus administratif ne s'en trouverait pas menacée, la cour autorisa l'attaque incidente. Elle prit soin, toutefois, de réitérer la règle générale à l'encontre de telles attaques en la fondant sur la doctrine de l'épuisement des recours, en ces termes, à la p. 195:

[TRADUCTION] La partie plaignante peut réussir à faire valoir ses droits dans le cadre du processus administratif. Si elle est tenue d'exercer ses recours administratifs, il se peut que les tribunaux n'aient jamais à intervenir. En outre, l'autonomie administrative veut que l'on donne à l'organisme la possibilité de déceler et de rectifier ses propres erreurs. Enfin, il se peut qu'à force de délibérément passer outre aux processus administratifs, l'on mine l'efficacité de l'organisme en incitant les gens à ne pas tenir compte de ses procédures.

La jurisprudence subséquente a confirmé l'extrême réticence de la Cour suprême des États-Unis à permettre que soit invoquée l'invalidité d'une ordonnance administrative en défense à une accusation d'avoir contrevenu à l'ordonnance. Voir en

supra, and *United States v. Mendoza-Lopez*, 481 U.S. 828 (1987).

particulier les arrêts *McGee c. United States*, précité, et *United States c. Mendoza-Lopez*, 481 U.S. 828 (1987).

38 As can be seen from the above passage, the exhaustion doctrine is based on a set of considerations, including the efficient use of judicial resources and preservation of the integrity of the administrative process. On the latter factor, it is impossible to fully dissociate the exhaustion doctrine from the concern to respect the legislature's intention in the establishing of the administrative structure and the appeal mechanisms it comprises. Although it is inappropriate, for the reasons set out above (para. 23), to apply the exhaustion doctrine to settle the collateral attack issue in Canada, it is, on the other hand, entirely appropriate to inquire into the legislature's intention for the purpose of determining the appropriate forum to decide whether an administrative order is valid.

Comme l'illustre le passage reproduit ci-dessus, la doctrine de l'épuisement des recours repose sur un ensemble de considérations, dont l'utilisation efficace des ressources judiciaires et la préservation de l'intégrité du processus administratif. Quant à ce dernier élément, il est impossible de dissocier entièrement la doctrine de l'épuisement des recours du souci de respecter l'intention législative quant à la mise en place de la structure administrative et des mécanismes d'appel qu'elle comporte. S'il n'est pas opportun, pour les raisons mentionnées précédemment (par. 23), de recourir à la doctrine de l'épuisement des recours pour trancher chez nous le problème des attaques incidentes, il est, en revanche, tout à fait approprié de s'enquérir de l'intention du législateur afin de déterminer le forum approprié pour décider de la validité d'une ordonnance administrative.

39 Furthermore, this is the approach that was adopted quite recently in the United Kingdom by the House of Lords in *R. v. Wicks*, [1997] 2 W.L.R. 876. The respondent was charged with failing to comply with a demolition order issued under the *Town and Country Planning Act 1990* and later upheld on appeal by the Secretary of State. In a penal court, he argued by way of defence that the order was invalid. The House of Lords held that, in light of the full appeal mechanism provided for in the *Town and Country Planning Act 1990*, Parliament's intention was to bar courts hearing penal matters from reviewing the validity of the order. Lord Hoffmann wrote the following on this subject: "The question must depend entirely upon the construction of the statute under which the prosecution is brought" (p. 891). I am proposing a similar approach.

Cette approche est d'ailleurs celle retenue tout récemment au Royaume-Uni par la Chambre des lords dans l'affaire *R. c. Wicks*, [1997] 2 W.L.R. 876. L'intimé était accusé de n'avoir pas respecté un ordre de démolition qui avait été rendu en vertu de la *Town and Country Planning Act 1990* puis confirmé en appel par le secrétaire d'État. Devant le tribunal pénal, il invoquait en défense l'invalidité de l'ordonnance. La Chambre des lords a jugé que, vu le mécanisme d'appel complet prévu à la *Town and Country Planning Act 1990*, l'intention du Parlement était de ne pas autoriser les tribunaux siégeant en matière pénale à examiner la validité de l'ordonnance. Lord Hoffmann écrivait à cet égard: [TRADUCTION] «La question doit reposer entièrement sur l'interprétation de la loi sur laquelle est fondée la poursuite» (p. 891). C'est une approche similaire que je propose.

40 It should also be noted that, in concurring reasons, Lord Nicholls of Birkenhead expressed doubt, at p. 884, as to the wisdom of distinguishing "patent" invalidity from "latent" invalidity. In so doing, he seems to have implicitly rejected the reasoning previously adopted by the House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Head*, [1959]

Je note, par ailleurs, que Lord Nicholls of Birkenhead, dans des motifs concordants, exprime à la p. 884 un doute quant à la sagesse de distinguer entre l'invalidité qui serait [TRADUCTION] «patente» de celle qui serait [TRADUCTION] «latente». Ce faisant, il semble rejeter implicitement le raisonnement retenu plus tôt par la

A.C. 83, which the appellants relied on in this Court.

(b) Determining the Legislature's Intention as to the Appropriate Forum

In his treatise on administrative law (*Administrative Law* (3rd ed. 1996)), Professor David Mullan suggests that the validity of government acts can just as well be raised directly as collaterally. He wrote the following, *inter alia*, at p. 490:

The essence of collateral attack is invalidity or an absence of jurisdiction. Decisions or orders made or actions taken without jurisdiction or in excess of jurisdiction are nullities which cannot be relied upon as a justification; they have no legally recognized existence.

Although this proposition is sound, as is usually the case in regulatory matters, it is far too general in scope to be applied in all circumstances. Taken literally, it would imply that a person to whom an order is directed is entirely free, rather than having recourse to the established procedures for challenging the order, to wait for penal charges to be laid before challenging its validity. Such a solution would obviously have serious ramifications for both the government and society in general. Aside from the danger that administrative tribunals would be discredited, increasing recourse to penal sanctions would result. Rather than promoting cooperation and conciliation, which are among the basic objectives of such administrative mechanisms, this would result in a hardening of relations between governments and citizens. In many cases, this would seriously undermine the effectiveness of administrative schemes designed to respond to situations requiring immediate remedial action, as is often the case, for example, in environmental matters.

Nor should it be forgotten that the goal of many such administrative structures is to draw on expert knowledge by creating specialized tribunals. Per-

Chambre des lords dans l'affaire *Director of Public Prosecutions c. Head*, [1959] A.C. 83, sur laquelle les appelants se sont appuyés devant nous.

b) La recherche de l'intention législative quant au forum approprié

Dans son traité de droit administratif (*Administrative Law* (3^e éd. 1996)), le professeur David Mullan suggère que la validité des actes de l'Administration peut être soulevée aussi bien directement que de façon incidente. Il écrit, notamment, à la p. 490:

[TRADUCTION] L'attaque incidente concerne essentiellement l'invalidité ou l'absence de compétence. Les décisions, ordonnances ou mesures prises sans compétence ou débordant le cadre des attributions conférées à leur auteur sont entachées de nullité et ne peuvent servir de justification; légalement, elles n'existent pas.

Bien que cette proposition soit juste, comme c'est généralement le cas en matière réglementaire, elle est d'une portée beaucoup trop générale pour être appliquée en toutes circonstances. Prise à la lettre, elle impliquerait qu'une personne à l'égard de qui une ordonnance est rendue serait entièrement libre, plutôt que de recourir aux procédures mises en place pour contester l'ordonnance, d'attendre que des accusations pénales soient déposées pour en soulever la validité. Il va sans dire qu'une telle solution aurait des conséquences sérieuses pour l'Administration comme pour la société en général. Outre le risque de discrédit des instances administratives, il en résulterait un recours croissant à des sanctions pénales. Plutôt que de favoriser la collaboration et la conciliation, qui sont parmi les objectifs essentiels de tels mécanismes administratifs, cela mènerait à un durcissement des rapports entre l'Administration et les citoyens. Dans bien des cas, cela aurait pour effet de miner sérieusement l'efficacité de régimes administratifs conçus pour répondre à des situations exigeant des remèdes immédiats, comme c'est souvent le cas, par exemple, en matière d'environnement.

Il ne faut pas non plus négliger le fait que nombre de ces structures administratives visent à faire appel à un savoir d'expert par la création d'ins-

41

42

43

mitting citizens to circumvent these tribunals and transfer the debate to the judicial arena could lead the courts to rule on matters that they are not best suited to decide. Due to the importance of administrative structures for the organization of the activities of a society such as ours, the scope of Professor Mullan's statement must, therefore, be tempered considerably, especially where a structure with a full appeal mechanism is involved.

44 These comments should in no way be interpreted as minimizing the importance of ensuring that the government exercises its powers within the limits prescribed by law or that appropriate remedies are available for citizens to assert their rights. However, they imply that one must show caution and judgment in order to take into account the legislator's intention as to the appropriate forum. In considering the importance of ensuring that the government stays within the limits fixed by law and the need to permit citizens affected by a government action to fully assert their rights, it is important not to isolate the penal process from the overall process established by the legislature. Based on commentators and case law, I am satisfied that the best way to decide the question, taking both the integrity of the administrative process and the interests of litigants into account, is to focus the analysis on the legislature's intention.

45 Laskin J.A., writing for the Court of Appeal, proposed five factors to be considered in determining whether a court can rule on the validity of an administrative order collaterally attacked in penal proceedings: (1) the wording of the statute from which the power to issue the order derives; (2) the purpose of the legislation; (3) the availability of an appeal; (4) the nature of collateral attack; and (5) the penalty on a conviction for failing to comply with the order.

46 Subject to the comments below on the fourth factor, this approach seems to me to be satisfac-

tances spécialisées. En permettant au citoyen de court-circuiter ces instances et de transposer le débat dans l'arène judiciaire, on risquerait d'amener les tribunaux à se prononcer sur des questions à l'égard desquelles ils ne sont pas les mieux placés. L'importance des structures administratives pour l'ordonnement des activités d'une société comme la nôtre exige donc de tempérer significativement la portée des propos du professeur Mullan, en particulier lorsque l'on est en présence de structures dotées d'un mécanisme d'appel complet.

Ces remarques ne sauraient toutefois être interprétées comme minimisant l'importance de s'assurer que l'Administration exerce ses pouvoirs dans les limites prescrites par la loi ou encore que les citoyens disposent de recours appropriés leur permettant de faire valoir leurs droits. Elles impliquent, cependant, qu'il faut faire preuve de prudence et de discernement afin de tenir compte de l'intention du législateur quant au forum approprié. En considérant l'importance d'assurer que l'Administration demeure dans les limites fixées par la loi de même que la nécessité de permettre à un citoyen visé par un acte de l'Administration de faire pleinement valoir ses droits, il importe de ne pas isoler l'instance pénale de l'ensemble du processus mis en place par le législateur. L'examen de la doctrine et de la jurisprudence me convainc que la façon appropriée de trancher la question, en tenant compte à la fois de l'intégrité du processus administratif et des intérêts des justiciables, est de placer au centre de l'analyse la recherche de l'intention législative.

La Cour d'appel, sous la plume du juge Laskin, propose cinq facteurs à considérer afin de déterminer si un tribunal peut se prononcer sur la validité d'une ordonnance administrative attaquée de façon incidente dans le cadre de procédures pénales. Ces facteurs sont: (1) les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre l'ordonnance; (2) l'objectif de la loi; (3) l'existence d'un droit d'appel; (4) la nature de la contestation; et (5) la sanction imposable pour défaut d'avoir respecté l'ordonnance.

Sous réserve des remarques qui suivent quant au quatrième facteur, cette approche m'apparaît satis-

tory, provided, however, that it reflects a general approach aimed at determining the legislature's intention as to the appropriate forum. From this perspective, the factors set out above are not independent and absolute criteria, but important clues, among others, for determining the legislature's intention. In doing this, it must, *inter alia*, be presumed that the legislature did not intend to deprive citizens affected by government actions of an adequate opportunity to raise the validity of the order. The interpretation process must, therefore, determine not whether a person can challenge the validity of an order that affects his or her rights, but whether the law prescribes a specific forum for doing so.

The basis for my reservation concerning the fourth factor is that the Court of Appeal, in answering the question as to the nature of the collateral attack, suggests that a distinction be drawn between invalidity for lack of jurisdiction *ab initio* and invalidity resulting from loss of jurisdiction, which is not open to a collateral attack. However, it is not clear that this distinction can always be drawn in practice, nor is it clear how it really makes it possible to determine the legislature's intention as to the appropriate forum.

As regards the problems raised by the dichotomy between lack of jurisdiction and loss of jurisdiction, it must be recognized that the distinction between an order in respect of which an agent of the state lacks jurisdiction from the outset and an order that is so unreasonable as to result in a loss of jurisdiction, is not the easiest one to draw. Since *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, the judgments of this Court have shown the clearest possible determination to avoid the problems connected with this type of distinction.

However, Laskin J.A.'s approach to the nature of the collateral attack has an even more fundamental flaw. The distinction he proposes implies an approach that focuses exclusively on the jurisdiction of the authority that issued the order and disregards any relationship between the kind of collateral attack and the jurisdiction or *raison*

faisante en autant, cependant, qu'elle reflète une démarche générale centrée sur la recherche de l'intention législative quant au forum approprié. Dans cette optique, les facteurs énoncés ci-dessus ne représentent pas des critères autonomes et absolus, mais plutôt des indices importants, parmi d'autres, permettant de cerner l'intention législative. Ce faisant, on doit, notamment, présumer que le législateur n'a pas eu pour intention de priver les citoyens affectés par les actes de l'Administration d'une possibilité adéquate de faire valoir l'invalidité d'une ordonnance. La démarche interprétative doit donc viser à déterminer non pas si une personne peut ou non soulever la validité d'une ordonnance qui affecte ses droits, mais plutôt si la loi prescrit un forum particulier à cette fin.

Ma réserve à l'égard du quatrième facteur tient à ce que la Cour d'appel, en se penchant sur la question de la nature de la contestation, suggère de faire une distinction entre l'invalidité pour absence de juridiction *ab initio* et l'invalidité qui découle de la perte de juridiction et pour laquelle une attaque incidente ne serait pas autorisée. Il n'est pas clair, cependant, que cette distinction soit toujours possible en pratique, ni comment cette distinction permet véritablement de nous informer sur l'intention législative quant au forum approprié.

En ce qui concerne les difficultés soulevées par la dichotomie fondée sur l'absence de juridiction et la perte de juridiction, il faut reconnaître que la distinction entre une ordonnance pour laquelle un agent de l'État n'aurait pas juridiction au départ et une ordonnance à ce point déraisonnable qu'elle entraînerait une perte de juridiction n'est pas des plus aisées. Depuis l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, la jurisprudence de notre Cour démontre une volonté on ne peut plus claire d'échapper aux difficultés liées à ce type de distinction.

Mais l'approche du juge Laskin relativement à la nature de la contestation souffre d'une faille encore plus fondamentale. La distinction qu'il propose implique, en effet, une démarche centrée exclusivement sur la juridiction de l'autorité qui a rendu l'ordonnance, sans égard aux rapports qui peuvent exister entre la nature de la contestation et

47

48

49

d'être of the appeal tribunal. The jurisdiction of the authority that issued the order is, of course, relevant to the case, since it is the subject of the attack. However, what this Court must do is determine the forum in which the attack should be made, assuming for discussion purposes that the order does in fact contain a jurisdictional defect. Where the legislature has established an administrative appeal tribunal, it must be asked whether it intended that tribunal to have jurisdiction, to the exclusion of a penal court, to determine the validity of the impugned order. For this purpose, the nature of the collateral attack is, of course, relevant to determine not whether it raises an excess or lack of jurisdiction on the part of the agent or official who issued the administrative order, but rather to determine whether the attack involves considerations that fall within the jurisdiction conferred by statute on the appeal tribunal. Where the appropriate forum must be determined, it is, indeed, the jurisdiction of the appeal tribunal that is at issue rather than that of the Director, even though it is the Director's jurisdiction that is attacked.

la juridiction de l'instance d'appel ou sa raison d'être. La juridiction de celui qui a rendu l'ordonnance est certainement pertinente au litige puisque c'est elle qui est contestée. Mais la question que nous devons trancher est celle de savoir devant quel forum cette contestation doit avoir lieu en supposant, pour les fins de la discussion, que l'ordonnance souffre effectivement d'un vice juridictionnel. Dans le cas où le législateur a mis en place une instance administrative d'appel, il faut se demander s'il a voulu que cette instance ait juridiction, à l'exclusion du tribunal pénal, pour se prononcer sur la validité de l'ordonnance contestée. À cette fin, l'on s'intéressera naturellement à la nature de la contestation, non pas pour savoir si elle soulève un excès ou une absence de juridiction chez l'agent ou l'officier qui a rendu l'ordonnance administrative, mais plutôt pour savoir si la contestation met en cause des considérations qui relèvent de la juridiction conférée par la loi à l'instance d'appel. S'agissant de déterminer le forum approprié, c'est, en effet, la juridiction de l'instance d'appel qui nous préoccupe, et non celle du directeur, bien que ce soit cette dernière qui soit contestée.

50

Thus, where an attack on an order requires the consideration of factors that fall within the specific expertise of an administrative appeal tribunal, this is a strong indication that the legislature wanted that tribunal to decide the question rather than a court of penal jurisdiction. Conversely, where an attack on an order is based on considerations which are foreign to an administrative appeal tribunal's expertise or *raison d'être*, this suggests, although it is not conclusive in itself, that the legislature did not intend to reserve the exclusive authority to rule on the validity of the order to that tribunal. This analysis must be conducted in light of the specific characteristics of each administrative scheme. An approach, such as the one suggested by the Court of Appeal, aimed at establishing a general rule relating to the nature of the attack does not recognize the importance that must be given to the legislature's intention.

Ainsi, lorsque la contestation de l'ordonnance amène à tenir compte d'éléments qui relèvent de l'expertise particulière d'une instance administrative d'appel, on disposera d'un indice solide pour conclure que le législateur souhaitait que la question soit tranchée par cette instance et non par une cour de juridiction pénale. À l'inverse, le fait que la contestation de l'ordonnance repose sur des considérations étrangères à l'expertise ou à la raison d'être d'une instance administrative d'appel suggère, sans toutefois être déterminant en lui-même, que le législateur n'a pas voulu réserver à cette instance le pouvoir exclusif de se prononcer sur la validité de l'ordonnance. Je souligne que cette analyse doit procéder en tenant compte des particularités de chaque régime administratif. Une approche comme celle suggérée par la Cour d'appel et qui tendrait à une règle générale concernant la nature de la contestation n'est pas respectueuse de l'importance qu'il faut accorder à l'intention législative.

I would, accordingly reformulate the fourth factor suggested by the Court of Appeal to take into account the nature of the collateral attack in light of the appeal tribunal's expertise and *raison d'être*.

(c) Conclusion

In summary, the question whether a penal court may determine the validity of an administrative order on a collateral basis depends on the statute under which the order was made and must be answered in light of the legislature's intention as to the appropriate forum. In doing this, it must be presumed that the legislature did not intend to deprive a person to whom an order is directed of an opportunity to assert his or her rights. For this purpose, the five factors suggested by the Court of Appeal, as reformulated here, constitute important clues for determining the legislature's intention as to the appropriate forum for raising the validity of an administrative order.

3. *Application of the Principles to the Case at Bar*

The purpose of the *Environmental Protection Act* is "to provide for the protection and conservation of the natural environment" (s. 2). It accordingly confers on the directors appointed by the Minister under the Act a certain number of powers of a considerable scope which are essentially preventive in nature. Thus, under s. 7, the Director is authorized to issue a stop order requiring the cessation of any activity resulting in the discharge of contaminants that constitute, or the level of which constitutes, a danger to human life or health. Furthermore, the construction or alteration of any plant, structure or apparatus that may discharge a contaminant into the environment, or any alteration of a process or rate of production entailing the discharge of contaminants into the environment, is subject to prior approval by the Director by means of a certificate (s. 8). Finally, s. 17 authorizes the Director to order the owner of, or person who controls, an undertaking or property to take steps to prevent or reduce the risk of environmental contamination. These are clearly broad powers that are, where ss. 7 and 17 are concerned, subject only to the condition that the Director base such a decision on reasonable and probable grounds that there

Je reformulerais donc le quatrième facteur suggéré par la Cour d'appel pour tenir compte de la nature de la contestation eu égard à l'expertise de l'instance d'appel et de sa raison d'être.

c) Conclusion

En somme, la question de savoir si un tribunal pénal peut, de façon incidente, se prononcer sur la validité d'une ordonnance administrative dépend de la loi dont découle l'ordonnance et exige qu'on y réponde en recherchant l'intention législative quant au forum approprié. Ce faisant, on doit présumer que le législateur n'a pas voulu priver une personne visée par une ordonnance de l'opportunité de faire valoir ses droits. À cette fin, les cinq facteurs suggérés par la Cour d'appel constituent, tels que reformulés ici, des indices importants qui permettent de cerner l'intention législative quant au forum approprié pour soulever la validité d'une ordonnance administrative.

3. *L'application des principes à la présente affaire*

La *Loi sur la protection de l'environnement* a pour objectif «d'assurer la protection et la conservation de l'environnement naturel» (art. 2). À cette fin, elle confère aux directeurs nommés par le ministre en vertu de la Loi un certain nombre de pouvoirs dont la portée est considérable et qui ont un caractère essentiellement préventif. Ainsi, en vertu de l'art. 7, le directeur est autorisé à rendre un arrêté de suspension par lequel il peut ordonner la cessation de toute activité entraînant le rejet de contaminants qui présentent ou dont l'intensité présente un danger pour la vie ou la santé humaine. D'autre part, toute construction ou modification d'une usine, d'un ouvrage ou d'un appareil susceptible de rejeter un contaminant dans l'environnement, ou toute modification de procédé ou de débit de production entraînant le rejet de contaminants dans l'environnement est assujéti à l'autorisation préalable du directeur au moyen d'un certificat (art. 8). Enfin, l'art. 17 autorise le directeur à rendre un arrêté à l'encontre du propriétaire d'une entreprise ou d'un bien, ou encore de celui qui en a le contrôle, afin d'ordonner que des mesures soient prises pour empêcher ou diminuer le risque de contamination pour l'environnement. Manifestement,

51

52

53

is a risk of contamination based on the definition of the word "contaminant" in s. 1 of the Act.

54 The very fact that the Act gives the Director a certain number of powers of a preventive nature, including those set out in s. 17, which are at issue here, is a clear indication that the purpose of the Act is not just to remedy environmental contamination, but also to prevent it. This purpose must, therefore, be borne in mind in interpreting the scheme and procedures established by the Act.

55 It is true that the Act also has a remedial dimension. Thus, it confers on the Minister a power, now exercised by the Director under the present s. 17 (R.S.O. 1990, c. E.19), to order repairs where a contaminant is emitted or discharged into the environment (s. 16). This power to order repairs, like the fact that s. 143 authorizes the government, as it did in the case at bar, to take any necessary action to protect the environment and bring proceedings to recover any amounts disbursed, cannot be read as reducing the importance of the Act's preventive purpose. On the contrary, it is my view that s. 143 shows the concern of the legislature with giving the government the tools needed to guarantee prompt compliance with orders issued under the Act, since a person to whom an order is directed could be required to bear the cost of any steps he or she neglects or refuses to take.

56 However, a person affected by a decision of the Director is not without recourse under the Act. On the contrary, ss. 120 *et seq.* of the Act provide for the creation of an Environmental Appeal Board, whose sole function is to hear appeals from decisions of the Director. In particular, s. 122 authorizes a person to whom an order is directed to appeal to the Board within 15 days after service of the order. Sitting as a panel of three, the Board has full power to review the Director's decision and take any action it deems necessary and may substi-

ce sont là des pouvoirs considérables qui ne sont assujettis, en ce qui concerne les art. 7 et 17, qu'à la condition que le directeur se fonde sur des motifs raisonnables et probables qu'il y a risque de contamination suivant la définition du mot «contaminant» à l'art. 1 de la Loi.

Le fait même que la Loi donne au directeur un certain nombre de pouvoirs à caractère préventif, dont ceux prévus à l'art. 17 et qui sont ici en cause, indique clairement que le but de la Loi n'est pas simplement de remédier à la contamination de l'environnement, mais aussi d'en assurer la prévention. Il est donc essentiel de tenir compte de cet objectif dans la compréhension du régime et des procédures mises en place par la Loi.

Il est vrai que celle-ci a également une dimension curative. Ainsi, la Loi confère au Ministre le pouvoir d'ordonner réparation en cas d'émission ou de rejet d'un contaminant dans l'environnement (art. 16), pouvoir désormais exercé par le directeur en vertu de l'actuel art. 17 (L.R.O. 1990, ch. E.19). Ce pouvoir, comme le fait que l'art. 143 autorise le gouvernement, ainsi que ce fut le cas en l'espèce, à procéder lui-même aux mesures nécessaires pour protéger l'environnement et à intenter des poursuites en recouvrement des sommes déboursées, ne saurait amoindrir l'importance de l'objectif préventif de la Loi. Au contraire, à mon avis, l'art. 143 démontre le souci du législateur de donner à l'Administration les outils nécessaires pour assurer le prompt respect des ordonnances rendues en vertu de la Loi, puisqu'une personne visée par une ordonnance court le risque de devoir assumer les frais des mesures qu'elle aura elle-même négligé ou refusé de prendre.

La Loi ne laisse toutefois pas sans moyens une personne touchée par une décision du directeur. Au contraire, elle prévoit aux art. 120 et suiv. la création d'une Commission d'appel de l'environnement, dont la seule et unique fonction est de siéger en appel des décisions du directeur. En particulier, l'art. 122 permet à une personne visée par un arrêté de s'adresser à la Commission dans les 15 jours de la signification de l'arrêté. Siégeant à trois, la Commission a pleins pouvoirs pour réviser la décision du directeur et prendre les mesures qu'elle

tute its own opinion for that of the Director (s. 123). It is, therefore, a *de novo* process whose purpose is to permit the Director's decision to be reviewed in light of submissions by the affected party. Furthermore, should this party not be satisfied with the outcome, he or she has a right of appeal to the Divisional Court on a question of law, and a right of appeal to the Minister on any other matter.

In establishing this process, the legislature clearly intended to set up a complete procedure, independent of any right to apply to a superior court for review, in order to ensure that there would be a rapid and effective means to resolve any disputes that might arise between the Director and the persons to whom an order is directed. The decision to establish a specialized tribunal reflects the complex and technical nature of questions that might be raised regarding the nature and extent of contamination, and the appropriate action to take. In this respect, the Board plays a role that is essential if the system is to be effective, while at the same time ensuring a balance between the conflicting interests involved in environmental protection.

Finally, the Act establishes a penal remedy for failing to comply with an order issued by the Director (s. 146(1a)). The question in the case at bar is whether a person who has not challenged an order through the Board's appeal process may, once charged, raise the validity of the order by way of defence.

Since the legislation does not give an express answer to this question, it is necessary to look for a solution that appears most consistent with the legislature's intention. It is clear from a review of the *Environmental Protection Act* that its purpose is not simply to repair damage to the environment resulting from human activity, even if we assume that repairs will always be possible, but primarily to prevent contamination of the province's environment. Such a purpose requires rapid and effective means in order to ensure that any necessary action is taken promptly. This purpose is reflected both in the scope of the powers conferred on the Director and in the establishment of an appeal pro-

estime nécessaires. Elle peut, à cet égard, substituer son opinion à celle du directeur (art. 123). Il s'agit donc d'un processus *de novo*, visant à permettre la révision de la décision du directeur à la lumière des représentations de la partie touchée. Dans l'éventualité où cette dernière n'obtiendrait pas satisfaction, elle bénéficie, par ailleurs, d'un droit d'appel à la Cour divisionnaire sur une question de droit et d'un droit d'appel au Ministre sur toute autre question.

Il est clair que, par ce processus, le législateur a voulu mettre en place une procédure complète, indépendante du droit éventuel de recourir à la révision en cour supérieure, afin d'assurer qu'il existe un moyen rapide et efficace de trancher les différends susceptibles de survenir entre le directeur et les personnes visées par un arrêté. Le choix de créer une instance spécialisée reflète la nature complexe et technique des questions susceptibles d'être soulevées relativement à la nature et l'étendue de la contamination, de même qu'aux mesures appropriées. À cet égard, la Commission joue un rôle essentiel pour l'efficacité du régime tout en assurant un équilibre entre les intérêts conflictuels soulevés par la protection de l'environnement.

Enfin, la Loi crée un recours pénal pour défaut de se conformer à un arrêté rendu par le directeur (par. 146(1a)). La question, en l'occurrence, est de savoir si une personne qui n'a pas contesté un arrêté en se prévalant de la procédure d'appel devant la Commission peut, au stade des accusations, soulever en défense la validité de l'arrêté.

En l'absence de réponse explicite à cette question dans le texte de loi, il faut chercher à déterminer la solution qui paraît la plus compatible avec l'intention législative. De l'examen de la *Loi sur la protection de l'environnement*, il ressort clairement que celle-ci a pour objectif premier de prévenir la contamination de l'environnement dans la province, et non simplement de chercher à réparer les dommages causés à l'environnement par l'activité humaine, même en supposant que la réparation soit toujours possible. Un tel objectif requiert des moyens d'intervention rapides et efficaces de manière à s'assurer que les mesures nécessaires soient prises promptement. Cet objectif se reflète à

57

58

59

cedure designed to counterbalance the broad powers conferred on the Director by affording affected individuals an opportunity to present their points of view and assert their rights as quickly as possible. As Kurisko J. stated in this case (at p. 341):

It is vital that enforcement of the director's orders under s. 17 be addressed speedily, expertly and effectively while at the same time respecting the private rights and interests of the individuals to whom such orders apply. This has been achieved by the enactment of the three-tier appeal structure set out in s. 123.

60 In the case at bar, the appellants elected to disregard not only the order, but also the appeal mechanism, preferring to wait until charges had been laid before asserting their position. Eleven years later, these proceedings are still in progress, and the appellants are still arguing that the order ought never to have been issued. It seems clear to me that the Board could have dealt with this entire matter more rapidly and more sensibly. The appellants' attitude forced the government to undertake the necessary measures to prevent a PCB spill. While the Act does contemplate such course of action, it cannot be said to encourage it. I agree with Laskin J.A. of the Ontario Court of Appeal that to permit the appellants to collaterally attack the order at the stage of penal proceedings would encourage conduct contrary to the Act's objectives and would tend to undermine its effectiveness.

61 Furthermore, in this connection, the appellants cannot raise their right to make full answer and defence without showing that the Act is deficient in this respect or that the government's actions had the effect, in practice, of depriving them of this right. Yet, there is no indication that the Act's appeal process was inadequate or that the Board was powerless to remedy the deficiency that they now raise against the order.

la fois dans l'étendue des pouvoirs conférés au directeur et dans la création d'une procédure d'appel visant à contrebalancer les pouvoirs considérables conférés au directeur en accordant aux personnes touchées l'occasion de faire connaître leur point de vue et de faire valoir leurs droits dans les délais les plus brefs. Comme l'a exprimé le juge Kurisko dans la présente affaire (à la p. 341):

[TRADUCTION] Il est essentiel que le caractère exécutoire des arrêtés pris par le directeur en vertu de l'art. 17 soit déterminé de façon prompte, experte et efficace dans le respect des droits privés des personnes qu'ils visent. L'adoption du processus d'appel en trois étapes, prévu à l'art. 123, permet d'atteindre cet objectif.

En l'espèce, les appelants ont choisi d'ignorer non seulement l'arrêté mais aussi le mécanisme d'appel, préférant attendre que des accusations soient portées pour faire connaître leur position. Onze ans après, ces procédures sont encore pendantes et les appelants prétendent toujours que l'arrêté n'aurait jamais dû être rendu. Il m'apparaît évident que toute cette question aurait pu être tranchée plus rapidement et de façon mieux informée par la Commission. L'attitude des appelants a forcé le gouvernement à procéder lui-même aux mesures jugées nécessaires pour prévenir le déversement de BPC. Bien que la Loi envisage une telle possibilité, on ne saurait prétendre qu'il s'agit là d'une démarche que la Loi vise à encourager. Je suis d'accord avec le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario pour conclure que le fait d'autoriser les appelants à contester l'ordonnance de façon incidente au stade du processus pénal encouragerait un comportement contraire aux objectifs de la Loi et tendrait à miner son efficacité.

Par ailleurs, les appelants ne peuvent, à cet égard, opposer leur droit de se défendre de façon pleine et entière sans démontrer que la Loi est, de ce point de vue, défailante ou encore que les agissements de l'Administration ont eu pour effet, dans les faits, de les priver de ce droit. Or, rien n'indique que le processus d'appel établi par la Loi n'était pas adéquat ou que la Commission n'était pas habilitée à remédier au défaut qu'ils invoquent maintenant à l'encontre de l'arrêté.

This leads me to the factor regarding the nature of collateral attack, which I discussed above. At trial, the appellants sought to show that the order was invalid because it could not be based on reasonable and probable grounds to believe, as required by s. 17, that there was a danger of environmental contamination. In accepting this submission, the trial judge reviewed the expert evidence on the dangers of PCBs and on the best way to prevent those dangers. On the basis of this evidence, he found that the order to construct a storage area for the transformers was unfounded, as was the order to clean the concrete surfaces stained with contaminated oil. In his opinion, the cleaning and chipping could cause the release of contaminated particles and would therefore constitute a more serious environmental risk. However, in my view, there is no doubt that this is the very type of question the Board was established to answer. As mentioned above, whether the issue is lack of jurisdiction *ab initio* or loss of jurisdiction is irrelevant. What is important is on whom the legislature intended to confer jurisdiction to hear and determine the question raised. In the case at bar, the answer to this question is not in doubt. The legislature set up a specialized tribunal to hear questions relating to the environment and to take the appropriate action necessary to prevent it from being contaminated. I do not see how a penal court could be permitted to answer such questions in lieu of the Environmental Appeal Board, which was established precisely for this purpose, without undermining the scheme set up by the Act.

All that remains to be considered is the final factor suggested by Laskin J.A.: the penal consequences for the accused. Here, the Act provides for a fine of not more than \$5,000 for an individual and of not more than \$25,000 for a corporation. This maximum amount for a first offence is doubled in the event of a subsequent offence. Although these amounts are not insignificant, no minimum fine is prescribed and imprisonment is not an option, at least as a direct sanction for violating the *Environmental Protection Act*. However

Cela m'amène à traiter du facteur portant sur la nature de la contestation dont j'ai discuté antérieurement. Au procès, les appelants ont cherché à démontrer que l'arrêté était invalide parce qu'il ne pouvait s'appuyer sur des motifs raisonnables et probables de croire, suivant les termes de l'art. 17, qu'il existait un danger de contamination pour l'environnement. Faisant droit à cette prétention, le juge de première instance a examiné la preuve d'expert quant aux dangers que présentent les BPC et quant à la façon la plus appropriée de prévenir ces dangers. Sur la base de cette preuve, il a conclu que l'ordre de construire un abri pour entreposer les transformateurs était mal fondé, tout comme l'était l'ordre de nettoyer les surfaces de béton tachées d'huile contaminée. Selon lui, le nettoyage ordonné comportait le risque que des particules contaminées soient libérées, présentant ainsi un danger accru pour l'environnement. Or, il m'apparaît incontestable que ce sont là précisément le genre de questions pour lesquelles la Commission a été créée. Comme je l'ai indiqué, il importe peu que soit invoquée l'absence de juridiction *ab initio* ou la perte de juridiction. Ce qui importe c'est de savoir à qui le législateur a voulu donner juridiction pour entendre et trancher la question soulevée. En l'espèce, la réponse à cette question ne fait aucun doute. Le législateur a mis sur pied une instance spécialisée pour entendre les questions relatives à l'environnement et adopter les mesures appropriées pour prévenir sa contamination. Je vois mal comment on pourrait permettre que ces questions soient tranchées par un tribunal pénal plutôt que par la Commission d'appel de l'environnement, créée à cette fin, sans porter atteinte au régime mis en place par la Loi.

Il reste à considérer le dernier facteur suggéré par le juge Laskin, soit les conséquences pénales pour l'accusé. Il s'agit, en l'occurrence, d'une amende d'au plus 5 000 \$ pour une personne physique, et d'au plus 25 000 \$ pour une personne morale. Ce montant maximal, prévu pour une première infraction, est doublé en cas d'infraction subséquente. Bien que ces sommes ne soient pas négligeables, on remarque qu'aucune amende minimale n'est prescrite et que l'emprisonnement n'est pas envisagé, du moins comme sanction

harsh these measures might be considered to be, they are not sufficient to justify a conclusion that the legislature's intention was to authorize collateral attacks to the detriment of the Act's objectives and the Board's jurisdiction.

directe de la violation de la *Loi sur la protection de l'environnement*. Quelle que soit la sévérité que l'on puisse attribuer à de telles mesures, elles ne suffisent pas pour permettre de conclure que l'intention du législateur était d'autoriser des contestations incidentes, au détriment des objectifs poursuivis par la Loi et de la juridiction de la Commission.

64 In concluding, I cannot refrain from pointing out that the appellants, by systematically refusing to co-operate with the Ministry of the Environment and to participate in any dialogue, have shown an inflexible attitude for which they must now bear the consequences. Such an attitude serves neither the interests of society in environmental protection nor the interests of those who are subject to administrative orders. While penal sanctions will, perhaps, always be a necessary component of any regulatory scheme, they must not become the principal or a customary instrument for relations between the government and its citizens.

En terminant, je ne peux m'empêcher de souligner le fait que les appelants, par leur refus systématique de coopérer avec le ministère de l'Environnement et leur fermeture à tout dialogue ont fait preuve d'une rigidité dont ils doivent maintenant supporter les conséquences. Une telle attitude ne sert ni les intérêts de la société dans la protection de l'environnement, ni les intérêts de ceux qui se trouvent assujettis à des ordonnances administratives. Bien que les sanctions pénales demeureront sans doute toujours une composante nécessaire de tout régime réglementaire, il importe qu'elles ne deviennent pas l'instrument principal ou usuel des rapports entre l'Administration et les citoyens.

VI. Disposition

VI. Dispositif

65 Considering the purpose of the *Environmental Protection Act* and the procedural mechanisms established to guarantee that a person to whom an order is directed can assert his or her rights, I conclude that persons charged with failing to comply with an order issued under the Act cannot attack the validity of the order by way of defence after failing to avail themselves of the appeal mechanisms available under the Act. The trial judge accordingly lacked jurisdiction to rule on the validity of the order.

Considérant l'objectif de la *Loi sur la protection de l'environnement* et les mécanismes procéduraux mis en place pour assurer à une personne visée par un arrêté la possibilité de faire valoir ses droits, je conclus qu'une personne accusée d'avoir fait défaut de se conformer à un arrêté rendu en vertu de la Loi ne peut, en défense, chercher à attaquer la validité de l'ordonnance alors qu'elle ne s'est pas prévalu des mécanismes d'appel prévus par la Loi. En conséquence, le juge du procès n'avait pas juridiction pour se prononcer sur la validité de l'arrêté.

66 For these reasons, I would uphold the Court of Appeal's decision and dismiss the appeal.

Pour ces motifs, je confirmerais la décision de la Cour d'appel et je rejetterais le pourvoi.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellants: Greenspan & Associates, Toronto.

Procureurs des appelants: Greenspan & Associates, Toronto.

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

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Al Klippert Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. AL KLIPPERT LTD.

File No.: 25670.

1998: January 29; 1998: April 30.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Administrative law — Validity of order — Collateral attack on administrative order in penal proceedings — Circumstances in which person charged with failing to comply with administrative order can collaterally attack validity of order — Applicable principles.

Municipal law — Zoning — Non-conforming use — Order made under provincial planning statute enjoining company to stop operating mine on part of its land — Company not availing itself of right to appeal under statute and ignoring order in part — Company charged with failing to comply with order — Whether company can raise validity of order by way of defence — Planning Act, R.S.A. 1980, c. P-9, ss. 81, 154, 155.

In 1964 the respondent company purchased a parcel of land on which it operates a sand and gravel mine. A mine has been in operation on the site since 1959. At that time, the land was situated in a municipal district, which was annexed to the City of Calgary in 1961. In 1991, the respondent dug up a part of the land that had until then gone untouched. Following a citizen's complaint and an investigation by a development officer of the City, the company was served with an order, under s. 81 of the Alberta *Planning Act*, that enjoined it to stop all mining on this part of the land and to restore the site to its original condition. The respondent did not appeal to the Development Appeal Board ("Board") and, although it did stop the operations at issue, it failed to restore the site to its original condition, which would have cost it approximately \$45,500. When charged with

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Al Klippert Ltd. *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. AL KLIPPERT LTD.

N° du greffe: 25670.

1998: 29 janvier; 1998: 30 avril.

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

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

Droit administratif — Validité d'une ordonnance — Contestation incidente d'une ordonnance administrative dans le cadre d'une procédure pénale — Dans quelles circonstances une personne accusée de ne pas s'être conformée à une ordonnance administrative peut-elle en soulever la validité de façon incidente? — Principes applicables.

Droit municipal — Zonage — Usage dérogatoire — Ordonnance rendue en vertu d'une loi provinciale sur l'aménagement du territoire enjoignant une compagnie à cesser d'exploiter une carrière sur une partie de son terrain — Compagnie ne se prévalant pas du mécanisme d'appel prévu à la loi et ignorant en partie l'ordonnance — Compagnie accusée de ne pas s'être conformée à l'ordonnance — La compagnie peut-elle soulever comme moyen de défense la validité de l'ordonnance? — Planning Act, R.S.A. 1980, ch. P-9, art. 81, 154, 155.

La compagnie intimée a acheté, en 1964, un terrain sur lequel elle exploite une carrière de sable et de gravier. L'exploitation d'une carrière sur ce site remonte à 1959. À l'époque, le terrain était situé dans un district municipal qui, en 1961, a été fusionné à la ville de Calgary. En 1991, l'intimée a creusé une partie du terrain auparavant inexploité. À la suite d'une plainte d'un citoyen et d'une enquête d'un agent d'aménagement de la ville, la compagnie a fait l'objet d'une ordonnance, fondée sur l'art. 81 de la *Planning Act* de l'Alberta, l'enjoignant de cesser toute excavation sur cette partie du terrain et de remettre les lieux dans leur état antérieur. L'intimée n'a pas interjeté appel devant la commission d'appel en matière d'aménagement («commission») et, bien qu'elle ait cessé l'exploitation litigieuse, elle a négligé de remettre les lieux dans leur état original, ce

failing to comply with the order, the respondent submitted by way of defence that the municipal district had granted the former owner an authorization to operate a mine on the land in 1959. After examining the evidence, the trial judge concluded that such an authorization had in all likelihood been in effect and that the mining operations constituted a non-conforming use that could be continued pursuant to s. 74(4) of the *Planning Act*. The respondent was therefore acquitted. On appeal, the Court of Queen's Bench found the respondent guilty. The court held that the trial judge lacked jurisdiction to determine the merits of the order since an appeal lay to the Board. In a majority decision, the Court of Appeal reversed that judgment and restored the respondent's acquittal.

Held: The appeal should be allowed.

The principles applicable to this case were reviewed in *Consolidated Maybrun*. In summary, whether a collateral attack is possible must be determined by reviewing the legislature's intention as to the appropriate forum. For that purpose, it is helpful to consider, in particular, the following factors: the wording of the statute under the authority of which the order was issued; the purpose of the legislation; the existence of a right of appeal; the kind of collateral attack in light of the expertise or *raison d'être* of the administrative appeal tribunal, and the penalty on a conviction for failing to comply with the order. These factors are not exhaustive and constitute indicia that might be of assistance in determining the legislature's intention. Owing to the particular characteristics of a given administrative scheme, it may be that one of these factors will be decisive on its own in one case.

Applying these principles here leads to the conclusion that the trial judge lacked jurisdiction to determine the merits of the order. The *Planning Act* does not authorize a person affected by an order to disregard the appeal procedure before the Board and then to seek to collaterally attack the order by way of defence to a penal charge. The purpose of the Act is to ensure the harmonious use and development of land in the province by taking into account both economic and environmental interests, as well as the rights of affected individuals. To achieve that purpose, the Act provides that an order issued by a development officer may be appealed to the Board and then, with leave, to the Court of Appeal. This is a public, adversarial process affording the person concerned the opportunity to present his or her point of view and assert his or her rights, and to be informed of

qui lui aurait occasionné une dépense d'environ 45 500 \$. Accusée de ne pas s'être conformée à l'ordonnance, l'intimée soulève, comme moyen de défense, l'existence d'une autorisation d'exploiter une carrière sur le terrain accordée par le district municipal à l'ancien propriétaire en 1959. Après examen de la preuve, le juge du procès a conclu qu'il existait vraisemblablement une telle autorisation et que l'excavation constituait un usage dérogatoire dont la continuation était permise en vertu du par. 74(4) de la *Planning Act*. L'intimée a donc été acquittée. En appel, la Cour du Banc de la Reine a déclaré l'intimée coupable. La cour a statué que le juge du procès n'avait pas compétence pour se prononcer sur le bien-fondé de l'ordonnance vu l'existence d'un droit d'appel devant la commission. La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé ce jugement et rétabli l'acquiescement de l'intimée.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les principes applicables à la présente affaire ont été examinés dans l'arrêt *Consolidated Maybrun*. En résumé, la réponse à la question de savoir si la contestation incidente est possible doit reposer sur un examen de l'intention législative quant au forum approprié. À cette fin, il est utile de considérer, en particulier, les facteurs suivants: les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre l'ordonnance; l'objectif de la loi; l'existence d'un droit d'appel; la nature de la contestation, eu égard à l'expertise ou à la raison d'être de l'instance administrative d'appel, et la sanction imposable pour le non-respect de l'ordonnance. Ces facteurs ne sont pas exhaustifs et constituent des indices susceptibles de cerner l'intention législative. Vu les particularités propres à chaque régime administratif, il se peut qu'un seul de ces facteurs s'avère déterminant dans un cas donné.

Une application de ces principes en l'espèce amène à conclure que le juge du procès n'avait pas compétence pour se prononcer sur le bien-fondé de l'ordonnance. La *Planning Act* ne permet pas à une personne visée par une ordonnance d'ignorer la procédure d'appel devant la commission pour ensuite, à titre de moyen de défense contre une accusation pénale, chercher à contester l'ordonnance de façon incidente. L'objectif de cette loi est d'assurer l'usage et le développement harmonieux du territoire de la province en tenant compte à la fois des intérêts économiques et environnementaux, ainsi que des droits des personnes touchées. Pour réaliser cet objectif, la Loi prévoit qu'une ordonnance rendue par un agent d'aménagement peut faire l'objet d'un appel devant la commission puis, sur autorisation, devant la Cour d'appel. Il s'agit d'un processus contradictoire et

the reasons for the Board's decision. Aside from an application to a superior court for review, this is the only mechanism available for challenging an order. Here, the Court of Appeal's error lies primarily in focusing on the powers of the development officer rather than on those of the Board. It is clear that the Board had jurisdiction to determine questions relating to the existence of a permit or of a right of use based on a non-conforming use. The penalty on a conviction for failing to comply with the order — a maximum fine of \$2,500 — is insufficient to justify disregarding the appeal procedure and allowing collateral attacks.

With respect to the power to order, pursuant to the powers conferred by s. 155 of the *Planning Act*, that the order be complied with, although a judge required to exercise that power can, for sentencing purposes only, consider the merits of the order, this is not a wide open door to collateral attacks to the detriment of the appeal procedure established by the Act. In this case, it is not open to us to decide whether the trial judge erred in exercising that power when imposing the sentence after the judgment of the Court of Queen's Bench.

Cases Cited

Followed: *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, aff'g (1996), 28 O.R. (3d) 161; **referred to:** *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Khanna v. Procureur général du Québec* (1984), 10 Admin. L.R. 210; *R. v. Rice*, [1980] C.A. 310.

Statutes and Regulations Cited

Municipal Government Act, S.A. 1994, c. M-26.1.
Planning Act, R.S.A. 1980, c. P-9, ss. 2, 74(4), 81(1), 83(3), (4), 84, 85(2), (3), 152 [am. 1984, c. 33, s. 8], 154 [am. 1991, c. 28, s. 15], 155 [rep. & sub. *idem*, s. 16].

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1996), 187 A.R. 241, 127 W.A.C. 241, 43 Alta. L.R. (3d) 225, 35 M.P.L.R. (2d) 192, 141 D.L.R. (4th) 80, 111 C.C.C. (3d) 108, [1996] 10 W.W.R. 755, [1996] A.J. No. 852 (QL), allowing the respondent's appeal from a judgment of the Court of Queen's Bench (1993), 146 A.R. 211,

public offrant à la personne concernée la possibilité d'exposer son point de vue et de faire valoir ses droits, ainsi que d'être informée des motifs qui sous-tendent la décision de la commission. Outre la demande de révision en cour supérieure, c'est le seul mécanisme par lequel une ordonnance peut être contestée. En l'occurrence, l'erreur de la Cour d'appel réside principalement dans l'accent qu'elle a mis sur les pouvoirs de l'agent d'aménagement plutôt que sur ceux de la commission. Il est clair que la commission avait compétence pour trancher les questions relatives à l'existence d'un permis ou d'un droit d'exploitation fondé sur un usage dérogatoire. Quant à la sanction imposable pour le non-respect de l'ordonnance — une amende maximale de 2 500 \$ —, elle est insuffisante pour que l'on puisse ignorer la procédure d'appel et permettre les contestations incidentes.

Par ailleurs, en ce qui concerne le pouvoir d'ordonner le respect de l'ordonnance, prévu à l'art. 155 de la *Planning Act*, bien que le juge appelé à l'exercer puisse tenir compte, pour les fins de la sentence uniquement, du bien-fondé de l'ordonnance, cela n'a pas pour effet d'ouvrir la porte aux contestations incidentes au détriment de la procédure d'appel instaurée par la Loi. En l'espèce, il ne nous appartient pas de décider si le juge du procès a erré en exerçant ce pouvoir lors du prononcé de la sentence après le jugement de la Cour du Banc de la Reine.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, conf. (1996), 28 O.R. (3d) 161; **arrêts mentionnés:** *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Khanna c. Procureur général du Québec* (1984), 10 Admin. L.R. 210; *R. c. Rice*, [1980] C.A. 310.

Lois et règlements cités

Municipal Government Act, S.A. 1994, ch. M-26.1.
Planning Act, R.S.A. 1980, ch. P-9, art. 2, 74(4), 81(1), 83(3), (4), 84, 85(2), (3), 152 [mod. 1984, ch. 33, art. 8], 154 [mod. 1991, ch. 28, art. 15], 155 [abr. & rempl. *idem*, art. 16].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 187 A.R. 241, 127 W.A.C. 241, 43 Alta. L.R. (3d) 225, 35 M.P.L.R. (2d) 192, 141 D.L.R. (4th) 80, 111 C.C.C. (3d) 108, [1996] 10 W.W.R. 755, [1996] A.J. No. 852 (QL), qui a accueilli l'appel de l'intimée contre un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1993), 146 A.R.

[1993] A.J. No. 1094 (QL), which had allowed the Crown's appeal from the respondent's acquittal (1993), 142 A.R. 71, 15 M.P.L.R. (2d) 62, [1993] A.J. No. 398 (QL). Appeal allowed.

Brian A. Crane, Q.C., and *John H. Gescher*, for the appellant.

Gary C. Courtney, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

¹ L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal was heard the same day as the appeal in *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, and the decision is rendered simultaneously. As in *Consolidated Maybrun*, the issue here is whether a person facing penal charges for failing to comply with an administrative order can challenge the validity of the order by way of defence when the appeal process provided for by law for such a challenge has not been pursued.

I. Facts

² Since 1964, Al Klippert Ltd. has owned 40 acres of land in the Calgary area on which it operates a sand and gravel mine. A mine has been in operation on the site since 1959, at which time the land was part of the Municipal District of Rockyview. After the Municipal District of Rockyview was annexed to the City of Calgary in 1961, the land was included in an urban zone pursuant to By-law 2P80.

³ In 1991, in the course of its operations, Klippert dug up a part of the land that had until then gone untouched. In response to a citizen's complaint, a development officer of the City went to the site and observed that trees and shrubs had been removed and that digging had taken place on three acres of land. On February 7, 1992, the officer notified Klippert that an investigation was in progress concerning a potential breach of By-law 2P80. The notice also requested Klippert to stop the operations.

211, [1993] A.J. No. 1094 (QL), qui avait accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'intimée (1993), 142 A.R. 71, 15 M.P.L.R. (2d) 62, [1993] A.J. No. 398 (QL). Pourvoi accueilli.

Brian A. Crane, c.r., et *John H. Gescher*, pour l'appelante.

Gary C. Courtney, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi a été entendu le même jour que l'affaire *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, et la décision est rendue simultanément. Comme dans l'affaire *Consolidated Maybrun*, il s'agit ici de déterminer si une personne faisant face à des accusations pénales pour avoir violé une ordonnance administrative peut, en défense, soulever la validité de l'ordonnance alors que les voies d'appel prévues par la loi à cette fin n'ont pas été exercées.

I. Les faits

Al Klippert Ltd. possède depuis 1964 quarante acres de terrain situés dans la région de Calgary où elle exploite une carrière de sable et de gravier. L'exploitation d'une carrière sur le site remonte à 1959, alors que le terrain faisait partie du district municipal de Rockyview. Suite à l'annexion, en 1961, de cette municipalité à la ville de Calgary, le terrain est inclus dans une zone urbaine par le règlement 2P80.

En 1991, dans le cours de ses opérations, Klippert creuse une partie du terrain auparavant inexploité. Répondant à une plainte formulée par un citoyen, un agent d'aménagement de la ville se rend sur les lieux et constate que des arbres de même que des arbustes ont été enlevés et qu'on a excavé trois acres de terrain. Le 7 février 1992, l'agent avise Klippert qu'une enquête est en cours relativement à une possible violation du règlement 2P80. L'avis demande également à Klippert de cesser les opérations.

On March 30, 1992, Klippert was served with notice of an order, issued pursuant to s. 81 of the *Planning Act*, R.S.A. 1980, c. P-9, that enjoined it to stop all mining on the three acres in question and to restore the site to its original condition within 60 days. The order further prohibited any future mining on the parcel of land in question. In addition, a letter accompanying the order advised Klippert of its right to appeal the order to the Development Appeal Board within 14 days.

Although the respondent did stop the operations at issue, it failed to restore the site to its original condition, which would have cost it approximately \$45,500. A charge of failing to comply with the order was accordingly filed in the Provincial Court on June 10, 1992.

II. Judgments

1. *Provincial Court (Criminal Division)* (1993), 142 A.R. 71

At trial, Klippert submitted by way of defence that the Municipal District of Rockyview had granted the former owner an authorization in 1959, two years before being annexed to the City of Calgary. Although there was no permit attesting to this authorization, the judge concluded, based on the testimony and on the minutes of meetings of the Interim Development Board, in existence at that time, that an authorization to operate a sand and gravel mine on the land had in all likelihood been effective since 1959. He also accepted Klippert's alternative argument that the mining operations constituted a non-conforming use that could be continued pursuant to s. 74(4) of the *Planning Act*. Since the use was lawful, the judge acquitted Klippert of the offence with which it was charged, that is, of contravening the order by failing to restore the site to its original condition.

Le 30 mars 1992, Klippert reçoit avis d'une ordonnance, délivrée sous l'autorité de l'art. 81 de la *Planning Act*, R.S.A. 1980, ch. P-9, l'enjoignant de cesser toute excavation sur les trois acres en question et de remettre les lieux dans leur état antérieur dans un délai de 60 jours. De plus, l'ordonnance prohibe toute excavation future de la partie de terrain en question. Par ailleurs, une lettre accompagnant l'ordonnance avise Klippert de son droit d'en appeler dans les 14 jours à la commission d'appel en matière d'aménagement.

Bien que l'intimée cesse l'exploitation litigieuse, elle néglige de remettre les lieux dans leur état d'origine, ce qui aurait signifié pour elle une dépense d'environ 45 500 \$. En conséquence, le 10 juin 1992, une accusation d'avoir fait défaut de se conformer à l'ordonnance est déposée en Cour provinciale.

II. Les décisions antérieures

1. *La Cour provinciale (Division criminelle)* (1993), 142 A.R. 71

Au procès, Klippert soulève comme moyen de défense l'existence d'une autorisation accordée par le district municipal de Rockyview à l'ancien propriétaire en 1959, soit deux ans avant l'annexion à la ville de Calgary. Bien qu'il n'existe pas de permis attestant de cette autorisation, le juge conclut, à la lumière des témoignages et des procès-verbaux des réunions de la commission intérimaire d'aménagement, telle qu'elle existait à l'époque pertinente, qu'il existait vraisemblablement, à partir de 1959, une autorisation permettant d'exploiter sur le terrain une carrière de sable et de gravier. Il accepte également l'argument subsidiaire de Klippert selon lequel l'excavation constitue un usage dérogatoire dont la continuation est permise par le par. 74(4) de la *Planning Act*. Considérant la légalité de l'exploitation, le juge conclut que Klippert n'est pas coupable de l'infraction reprochée, soit d'avoir contrevenu à l'ordonnance en ne remettant pas les lieux en état.

2. *Court of Queen's Bench* (1993), 146 A.R. 211

7 According to Chrumka J., the basic question was whether the trial judge had jurisdiction to determine the merits of the order. Since an appeal lay to the Development Appeal Board, which can determine the validity or merits of an order, substitute a different order or simply revoke the order, he held that the trial judge lacked jurisdiction to determine the merits of the order. In his view, this jurisdiction lay in the Board alone. He found Klippert guilty of breaching the order and remitted the matter to the trial judge for sentencing.

3. *Provincial Court (Criminal Division), On Sentencing*

8 In light of the deterrent purpose of the penalty, the judge sentenced Klippert to pay a fine of \$1,000. In addition, exercising the powers conferred on him by s. 155 of the *Planning Act*, he ordered Klippert to comply with the order by restoring the site to its original condition and refraining in future from any mining operations on the parcel of land at issue.

4. *Court of Appeal* (1996), 187 A.R. 241

9 Writing for the majority, Conrad J.A. reversed the decision of the Court of Queen's Bench and held that the trial judge could determine the merits of the order in a penal proceeding. In her view, the deference courts must show to decisions within the expertise of administrative tribunals does not apply in the same way to all decisions of public officials. On reviewing the *Planning Act*, she concluded that the legislature had not intended to bar a person charged with failing to comply with an order from having a trial judge review the order on its merits. According to her, to permit a collateral attack is not inconsistent with the purposes of the Act. She also observed that the Act does not ascribe finality to a development officer's order, which is but the first step in the process. Finally, on sentencing, she

2. *La Cour du Banc de la Reine* (1993), 146 A.R. 211

Selon le juge Chrumka, la question essentielle est de savoir si le juge du procès avait juridiction pour se prononcer sur les mérites de l'ordonnance. Considérant l'existence d'un recours à la commission d'appel en matière d'aménagement, qui peut se prononcer sur la validité d'une ordonnance ou son mérite, substituer une ordonnance différente ou simplement annuler l'ordonnance, il conclut que le juge du procès n'avait pas juridiction pour se prononcer sur le mérite de l'ordonnance. Selon lui, cette juridiction appartient exclusivement à la commission. Il conclut que Klippert est coupable d'avoir violé l'ordonnance et retourne le dossier en première instance pour qu'une peine soit déterminée.

3. *La Cour provinciale (Division criminelle), sur sentence*

Considérant l'objectif dissuasif de la peine, le juge condamne Klippert à une amende de 1 000 \$. En sus, exerçant les pouvoirs conférés par l'art. 155 de la *Planning Act*, il ordonne à Klippert de se conformer à l'ordonnance en remettant les lieux en état et de s'abstenir, pour l'avenir, de toute excavation sur la partie de terrain en litige.

4. *La Cour d'appel* (1996), 187 A.R. 241

Écrivant pour la majorité, Madame le juge Conrad infirme la décision rendue par la Cour du Banc de la Reine et conclut que le juge du procès pouvait se prononcer sur le mérite de l'ordonnance dans le cadre d'un procès pénal. Selon elle, la retenue judiciaire dont les cours de justice doivent faire preuve à l'égard des décisions relevant de l'expertise de tribunaux administratifs ne vaut pas de la même manière pour toute décision d'un officier public. Examinant la *Planning Act*, elle conclut que le législateur n'a pas voulu empêcher qu'une personne accusée d'avoir violé une ordonnance puisse obtenir une révision au mérite par le juge du procès. Selon elle, le fait de permettre l'attaque incidente n'est pas contraire aux objectifs poursuivis par la Loi. Elle note également que la

referred to s. 155, which empowers a trial judge to order the accused to comply with the order. In her view, the trial judge is thereby called upon to rule on land-use planning matters.

Hetherington J.A., in dissent, would have dismissed the appeal for the reasons of Laskin J.A. in *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.* (1996), 28 O.R. (3d) 161 (C.A.).

III. Issue

The only issue is whether the trial judge had jurisdiction to determine the merits of the administrative order.

IV. Relevant Statutory Provisions

I note that the *Planning Act* has since been replaced by the *Municipal Government Act*, S.A. 1994, c. M-26.1. At the relevant time, the *Planning Act* provided as follows:

81 (1) If a development officer finds that a development or use of land or buildings is not in accordance with

. . . .
(c) a land use by-law or the land use regulations,

the development officer may, by notice in writing, order the registered owner, the person in possession of the land or buildings or the person responsible for the contravention or all or any of them to

(d) stop the development or use of the land or building in whole or part as directed by the notice,

. . . .
(f) take other measures specified in the notice so that the development or use of the land or building is in accordance with this Act, the regulations, a development permit, subdivision approval or land use by-law, as the case may be,

Loi ne déclare pas finale l'ordonnance rendue par l'agent d'aménagement, laquelle n'est que la première étape du processus. Enfin, en ce qui a trait à la sentence, elle s'appuie sur l'art. 155 qui permet au juge du procès d'ordonner que l'accusé se conforme à l'ordonnance. Selon elle, le juge du procès se trouve ainsi appelé à se prononcer sur des questions de planification foncière.

Madame le juge Hetherington, dissidente, aurait rejeté l'appel pour les motifs du juge Laskin dans l'affaire *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.* (1996), 28 O.R. (3d) 161 (C.A.).

III. La question en litige

L'unique question consiste à savoir si le juge du procès avait juridiction pour se prononcer quant au mérite de l'ordonnance administrative.

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Je souligne que la *Planning Act* a été depuis remplacée par la *Municipal Government Act*, S.A. 1994, ch. M-26.1. Telle qu'elle existait à l'époque pertinente, la *Planning Act* prévoyait:

[TRADUCTION]

81 (1) L'agent d'aménagement qui conclut que l'aménagement ou l'usage d'un terrain ou bâtiment n'est pas conforme à

. . . .
c) un règlement municipal concernant l'usage du territoire ou à la réglementation en la matière,

peut, au moyen d'un avis écrit, ordonner au propriétaire inscrit, à la personne en possession du terrain ou bâtiment, à la personne responsable de la contravention, ou à toutes ces personnes,

d) de cesser, complètement ou en partie, d'aménager ou d'utiliser le terrain ou bâtiment, conformément à l'avis,

. . . .
f) de prendre les autres mesures mentionnées dans l'avis afin de rendre l'aménagement ou l'usage du terrain ou bâtiment conforme, selon le cas, à la présente loi, à la réglementation, à un permis d'aménagement, à une approbation de lotissement ou à un règlement municipal concernant l'usage du territoire,

10

11

12

within the time specified by the notice.

83 . . .

(3) If a development officer

- (a) refuses or fails to issue a development permit to a person,
- (b) issues a development permit subject to conditions, or
- (c) issues an order under section 81,

the person applying for the permit or affected by the order under section 81, as the case may be, may appeal to a development appeal board in accordance with this Division.

(4) A person affected by an order, decision or development permit made or issued by a development officer, other than a person having a right of appeal under subsection (3), may appeal to a development appeal board in accordance with this Division.

84 (1) An appeal to a development appeal board shall be commenced by serving a written notice of the appeal on the development appeal board within 14 days after,

- (a) in the case of an appeal made by a person referred to in section 83(3), the date on which
 - (i) the person is notified of the order or decision or the issuance of the development permit, or

(2) Within 30 days of receipt of a notice of appeal, the development appeal board shall hold a public hearing respecting the appeal.

85 . . .

(2) The development appeal board shall

- (a) make and keep a written record of its proceedings, which may be in the form of a summary of the evidence presented to it at the hearing, and
- (b) give its decision in writing together with reasons for the decision within 15 days of the conclusion of the hearing.

dans le délai prescrit par l'avis.

83 . . .

(3) Dans le cas où l'agent d'aménagement

- a) refuse ou omet de délivrer un permis d'aménagement,
- b) délivre un permis d'aménagement à certaines conditions, ou
- c) rend une ordonnance fondée sur l'article 81,

la personne qui demande le permis ou qui est touchée par l'ordonnance fondée sur l'article 81, selon le cas, peut interjeter appel devant une commission d'appel en matière d'aménagement, conformément à la présente section.

(4) La personne touchée par l'ordonnance ou la décision d'un agent d'aménagement, ou par le permis d'aménagement délivré par ce dernier, autre que celle qui a un droit d'appel en vertu du paragraphe (3), peut interjeter appel devant une commission d'appel en matière d'aménagement, conformément à la présente section.

84 (1) L'appel devant une commission d'appel en matière d'aménagement est interjeté en signifiant un avis écrit à la commission d'appel en matière d'aménagement dans les 14 jours suivant,

- a) dans le cas d'un appel interjeté par une personne mentionnée au paragraphe 83(3), la date à laquelle
 - (i) la personne a été avisée de l'ordonnance, de la décision ou de la délivrance du permis d'aménagement, ou

(2) Dans les 30 jours suivant la date de la réception d'un avis d'appel, la commission d'appel en matière d'aménagement tient une audience publique concernant l'appel.

85 . . .

(2) La commission d'appel en matière d'aménagement doit

- a) tenir un registre de ses procédures, qui peut prendre la forme d'un résumé de la preuve produite devant elle à l'audience, et
- b) rendre sa décision motivée par écrit dans les 15 jours suivant la fin de l'audience.

(3) In determining an appeal, the development appeal board

(b) may confirm, revoke or vary the order, decision or development permit or any condition attached to any of them or make or substitute an order, decision or permit of its own;

152 (1) Subject to subsection (2), on a question of law or on a question of jurisdiction, an appeal lies to the Court of Appeal from the Board or a development appeal board.

(2) An application for leave to appeal pursuant to subsection (1) shall be made

(a) to a judge of the Court of Appeal, and

(b) within 30 days after the issue of the order, decision, permit or approval sought to be appealed,

and notice of the application shall be given to the Board or the development appeal board, as the case may be, and such other persons as the judge may direct.

(3) On hearing the application and the representations of those persons who are, in the opinion of the judge, affected by the application, the judge may

(a) grant leave to appeal,

(b) direct which persons or other bodies shall be named as respondents to the appeal,

(c) specify the questions of law or questions of jurisdiction to be appealed, and

(d) make any order as to the costs of the application that he considers appropriate.

(4) If an appeal is from a development appeal board, the municipal corporation shall be given notice of the application for leave to appeal and shall be a respondent to the application and, if leave is granted, a respondent to the appeal.

154 A person who

(3) En statuant sur un appel, la commission d'appel en matière d'aménagement

b) peut confirmer, révoquer ou modifier l'ordonnance, la décision ou le permis d'aménagement, ou toute condition qui s'y rattache, ou les remplacer elle-même par une nouvelle ordonnance ou décision ou par un nouveau permis;

152 (1) Sous réserve du paragraphe (2), la décision de la Commission ou d'une commission d'appel en matière d'aménagement peut faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel, relativement à toute question de droit ou de compétence.

(2) Une demande d'autorisation d'appel fondé sur le paragraphe (1) doit être présentée

a) à un juge de la Cour d'appel

b) dans les 30 jours suivant la date de l'ordonnance, de la décision, du permis ou de l'approbation faisant l'objet de l'appel,

et un avis de la demande doit être remis à la Commission ou à la commission d'appel en matière d'aménagement, selon le cas, ainsi qu'à toute autre personne que le juge peut désigner.

(3) À l'audition de la demande et des observations des personnes qui, à son avis, sont touchées par la demande, le juge peut

a) accorder l'autorisation d'appel,

b) désigner les personnes physiques ou morales qui doivent être nommées comme parties intimées dans l'appel,

c) préciser les questions de droit ou de compétence devant faire l'objet de l'appel, et

d) rendre toute ordonnance qu'il estime appropriée quant aux dépens relatifs à la demande.

(4) Si l'appel est interjeté contre la décision d'une commission d'appel en matière d'aménagement, la municipalité doit être avisée de la demande d'autorisation d'appel et doit être partie intimée dans la demande et, si l'autorisation est accordée, partie intimée dans l'appel.

154 Est coupable d'une infraction et passible d'une amende d'au plus 2 500 \$, quiconque

(a) contravenes any provision of this Act or the regulations,

(a.1) contravenes a land use by-law,

(b) contravenes an order under section 81,

a) contrevient à une disposition de la présente loi ou des règlements,

a.1) contrevient à un règlement municipal concernant l'usage du territoire,

b) contrevient à une ordonnance fondée sur l'article 81,

is guilty of an offence and is liable to a fine of not more than \$2500.

155 If a person is found guilty of an offence under section 154, the court may, in addition to any other penalty imposed, order the person to comply with

(a) this Act, the regulations or a land use by-law,

(b) an order under section 81, or

(c) a development permit, a subdivision approval or a condition attached to a development permit or subdivision approval.

155 Lorsqu'une personne est reconnue coupable d'une infraction définie à l'article 154, la cour peut, en sus de toute autre peine, lui ordonner de se conformer

a) à la présente loi, à la réglementation ou à un règlement municipal concernant l'usage du territoire

b) à une ordonnance fondée sur l'article 81, ou

c) à un permis d'aménagement, à une approbation de lotissement ou encore à une condition de permis d'aménagement ou d'approbation de lotissement.

V. Analysis

1. *Applicable Principles*

13 In *Consolidated Maybrun, supra*, this Court reviewed the applicable principles for determining whether a person charged with failing to comply with an administrative order can collaterally attack the order by way of defence. I do not intend here to repeat all the matters discussed in that decision. In summary, whether a collateral attack is possible must be determined by reviewing the legislature's intention as to the appropriate forum. For that purpose, I stated that it might be helpful to consider, in particular, the following factors: (1) the wording of the statute under the authority of which the order was issued; (2) the purpose of the legislation; (3) the existence of a right of appeal; (4) the kind of collateral attack in light of the expertise or *raison d'être* of the administrative appeal tribunal; and (5) the penalty on a conviction for failing to comply with the order.

14 However, I wish to stress once again that these factors are not necessarily exhaustive but rather constitute various indicia which might be of assistance in determining the legislature's intention.

V. Analyse

1. *Les principes applicables*

Dans l'affaire *Consolidated Maybrun*, précitée, notre Cour a examiné les principes applicables pour déterminer si une personne accusée d'avoir violé une ordonnance administrative peut, en défense, contester cette ordonnance de façon incidente. Je n'entends pas reprendre ici l'ensemble des considérations exprimées dans cet arrêt. En résumé, la réponse à la question de savoir si la contestation incidente est possible doit reposer sur un examen de l'intention législative quant au forum approprié. À cette fin, j'ai indiqué qu'il pouvait être utile de considérer, en particulier, les facteurs suivants: (1) les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre l'ordonnance; (2) l'objectif de la loi; (3) l'existence d'un droit d'appel; (4) la nature de la contestation, eu égard à l'expertise ou à la raison d'être de l'instance administrative d'appel; et (5) la sanction imposable pour défaut d'avoir respecté l'ordonnance.

Je tiens à rappeler, cependant, que ces facteurs ne sont pas nécessairement exhaustifs mais constituent plutôt divers indices susceptibles de nous aider à cerner l'intention législative. De même, en

Furthermore, due to the particular characteristics of a given administrative scheme, it may be that one of these factors will be decisive on its own in one case but not in another. The determination of legislative intent is never a mechanical act, and an inflexible formula cannot be applied in carrying it out.

2. *Application of the Principles to the Case at Bar*

Applying the principles from *Consolidated Maybrun, supra*, to the case at bar, I conclude that the Court of Appeal erred in permitting the collateral attack on the administrative order.

The purpose of the *Planning Act*, as stated in s. 2 thereof, is to ensure the harmonious use and development of land in the province by taking into account both economic and environmental interests, as well as the rights of affected individuals. The growth of modern societies has shown the serious problems that can result from anarchic development and use of land, in particular those problems concerning public health and the environment. While the public interest in regulating land use is indisputable, such regulation must also take the rights of affected individuals into account. Furthermore, as I stated in *Consolidated Maybrun, supra*, at para. 27:

In order to ensure the integrity of . . . administrative structures, while at the same time seeking to protect the rights of individuals affected by government actions, the legislature is free to set up internal mechanisms and establish appropriate forums to enable such individuals to assert their rights. In considering the requirements resulting from the rule of law and the rights of a person accused of non-compliance with an administrative order, it is important not to isolate the penal proceedings from the whole of the process established by the legislature.

In the present case, the Act establishes a process and a specific forum for achieving the purpose of balancing the public interest against individual rights. In the specific case of an order issued by a

raison des particularités propres à chaque régime administratif, il se peut qu'un seul de ces facteurs s'avère déterminant dans un cas donné mais non dans un autre. La recherche de l'intention législative n'est jamais un acte mécanique et on ne saurait pour y parvenir recourir à quelque formule rigide.

2. *L'application des principes à la présente affaire*

En l'espèce, appliquant les principes dégagés dans l'arrêt *Consolidated Maybrun*, précité, je conclus que la Cour d'appel a erré en permettant la contestation incidente de l'ordonnance administrative.

L'objectif de la *Planning Act*, tel qu'il est d'ailleurs énoncé à son art. 2, est d'assurer l'usage et le développement harmonieux du territoire de la province en tenant compte à la fois des intérêts économiques et environnementaux, ainsi que des droits des individus affectés. Le développement des sociétés modernes a montré les difficultés importantes, notamment du point de vue de la santé publique et de l'environnement, pour ne nommer que celles-là, pouvant résulter d'un développement et d'un usage anarchique du territoire. En même temps que l'intérêt public à réglementer l'usage du territoire est incontestable, cette réglementation doit également tenir compte des droits des individus affectés. Par ailleurs, comme je l'affirme dans l'affaire *Consolidated Maybrun*, précitée, au par. 27:

Afin d'assurer l'intégrité [des] structures administratives tout en cherchant à protéger les droits des personnes affectées par les actes de l'Administration, il est loisible au législateur de mettre en place des mécanismes internes et de prévoir des forums appropriés pour permettre à ces personnes de faire valoir leurs droits. En considérant les exigences qui découlent du principe de légalité et les droits d'une personne accusée de ne pas s'être conformée à une ordonnance administrative, il importe de ne pas isoler l'instance pénale de l'ensemble du processus mis en place par le législateur.

En l'espèce, la Loi prévoit un processus et un forum particulier afin que l'objectif d'assurer un équilibre entre l'intérêt public et les droits individuels soit réalisé. Dans le cas particulier d'une

15

16

17

development officer, the *Planning Act* provides for a full appeal mechanism. Thus, under ss. 83 and 84, a person affected by an order or denied a permit may, within 14 days, appeal to a development appeal board. The Act then requires the Board to notify the municipal authorities concerned and hold a public hearing within 30 days. It must also keep a record of the hearing and give written reasons within 15 days of the conclusion of the hearing. It may confirm or revoke the order, or issue a new one.

18 I see no inconsistency between full recognition of the rights of affected individuals and the procedure established by the legislature for the Development Appeal Board's proceedings. As can be seen, this is a public, adversarial process affording the person concerned the opportunity to present his or her point of view and assert his or her rights, and ultimately to be informed of the reasons for the Board's decision. Furthermore, an interested party may, if dissatisfied with the Board's decision, take his or her case to the Court of Appeal on a question of law or of jurisdiction. It should be noted that this is not an appeal as of right, but one requiring leave of a judge of the Court of Appeal. Not only is this a full appeal mechanism, but the procedure for applying to the Court of Appeal for leave shows the protection the legislature intended to afford the Board's decisions and the importance it placed in that body.

19 It is true, as underlined by the Court of Appeal, that where the initial stage of the order is concerned: "There has been no hearing in front of a board with expertise. One person, making an initial judgement, makes a direction without the normal safeguards of ensuring both sides have been heard" (p. 248). However, it is for this very reason that the Act provides for the possibility of appealing to the Board within 14 days. In my view, aside from an application to a superior court for review,

ordonnance rendue par un agent d'aménagement, un mécanisme d'appel complet est prévu à la *Planning Act*. Ainsi, en vertu des art. 83 et 84, une personne qui est visée par une ordonnance ou à qui un permis a été refusé peut, dans les 14 jours, s'adresser à une commission d'appel en matière d'aménagement. Celle-ci doit alors, en vertu de la Loi, aviser les autorités municipales intéressées et tenir des audiences publiques dans les 30 jours. Elle doit, en outre, tenir un registre des audiences et donner des motifs écrits dans les 15 jours de la fin des audiences. Elle peut confirmer ou infirmer l'ordonnance, ou encore en délivrer une nouvelle.

Je ne vois aucune incompatibilité entre la pleine reconnaissance des droits des individus affectés et la procédure établie par le législateur devant la commission d'appel en matière d'aménagement. Comme on le constate, il s'agit d'un processus contradictoire et public offrant à la personne concernée la possibilité d'exposer son point de vue et de faire valoir ses droits, ainsi que, ultimement, d'être informée des motifs qui sous-tendent la décision de la commission. De plus, la partie intéressée peut, si elle n'est pas satisfaite de la décision de la commission, porter l'affaire devant la Cour d'appel sur une question de droit ou de juridiction. Je souligne qu'il ne s'agit pas d'un appel de plein droit, mais plutôt sur autorisation d'un juge de la Cour d'appel. Non seulement s'agit-il là d'un mécanisme d'appel complet, mais la procédure d'autorisation devant la Cour d'appel montre la protection que le législateur a voulu accorder aux décisions de la commission et l'importance qu'il accorde à cette instance.

Il est vrai, comme le souligne la Cour d'appel, qu'au stade initial de l'ordonnance: [TRADUCTION] "Aucune audience n'a été tenue devant une commission spécialisée. Une seule personne, en exerçant un jugement initial, donne une directive sans bénéficier de la protection qu'offre normalement le fait de s'assurer que les deux parties ont été entendues" (p. 248). Mais c'est précisément pour ce motif que la Loi prévoit la possibilité d'un appel à la commission dans les 14 jours. À mon avis, outre

this is the only mechanism available for challenging an order.

Here, the Court of Appeal's error lies primarily in focusing on the powers of the development officer rather than on those of the Development Appeal Board. While the subject of the challenge is the officer's order, the question whether the order can be challenged without appealing to the Board requires that the Board's jurisdiction be considered first. From this perspective, it is not especially helpful to focus, as did the Court of Appeal, on the fact that the Act confers no exclusiveness whatsoever on the development officer's decisions or that an order issued by the officer is not final. The point at issue here is not whether the officer's order may or may not be challenged, but in what forum that challenge must take place and, more specifically, whether the legislature intended that the officer's decision be challenged before the Development Appeal Board rather than in a penal court. The discussion must therefore focus on the Board's jurisdiction.

Nor is it helpful, in my view, to consider, as the Court of Appeal did, the fact that Klippert could have been charged with breaching the municipal by-law rather than with failing to comply with the order, and that in such a case it might have raised the existence of a permit. This tells us nothing about the legislature's intention regarding the appropriate way to challenge an order issued pursuant to the Act. Had Klippert simply been charged with breaching the municipal by-law, it can of course be assumed that it would have been able, by way of defence, to raise the existence of a permit or even to challenge the validity of the by-law: *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *Khanna v. Procureur général du Québec* (1984), 10 Admin. L.R. 210 (Que. C.A.); *R. v. Rice*, [1980] C.A. 310. In such a case, it would have been inappropriate to

la demande de révision en cour supérieure, c'est là le seul mécanisme par lequel une ordonnance peut être contestée.

En l'occurrence, l'erreur de la Cour d'appel réside principalement dans l'accent qu'elle a mis sur les pouvoirs de l'agent d'aménagement plutôt que sur ceux de la commission d'appel en matière d'aménagement. Bien que l'objet de la contestation soit l'ordonnance rendue par l'agent, la question de savoir s'il est possible de contester l'ordonnance sans s'adresser à la commission exige que l'on s'interroge en premier lieu sur la juridiction de la commission. Dans cette optique, il n'est pas particulièrement utile d'insister, comme le fait la Cour d'appel, sur le fait que la Loi ne confère pas un quelconque degré d'exclusivité aux décisions de l'agent d'aménagement ou encore qu'une ordonnance rendue par l'agent n'a pas un caractère final. En effet, la question litigieuse ici n'est pas de savoir si l'ordonnance rendue par l'agent peut ou non être contestée, mais plutôt dans quel forum cette contestation doit avoir lieu et, plus précisément, si la législature a voulu que la décision de l'agent soit contestée devant la commission d'appel en matière d'aménagement plutôt que devant un tribunal pénal. À cette fin, c'est donc sur la juridiction de la commission qu'il faut centrer l'examen.

À mon avis, il n'est pas davantage utile, selon moi, de considérer, à l'instar de la Cour d'appel, le fait que Klippert aurait pu être accusée de violation du règlement municipal plutôt que de non-respect de l'ordonnance et que, dans ce cas, elle aurait pu invoquer l'existence d'un permis. Cela ne nous informe en rien de l'intention du législateur quant à la façon appropriée de contester une ordonnance rendue sous l'autorité de la Loi. Si Klippert avait simplement été accusée d'avoir violé le règlement municipal, on peut certes supposer qu'elle aurait été autorisée à se défendre en invoquant l'existence d'un permis ou même en contestant la validité du règlement: *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Khanna c. Procureur général du Québec* (1984), 10 Admin. L.R. 210 (C.A. Qué.); *R. c. Rice*, [1980] C.A. 310. Dans ce cas, en effet, on serait bien mal

criticize Klippert for failing to appeal the matter to the Board, as the Board in the absence of an order would not have had jurisdiction to hear such an appeal. However, the situation before the Court is totally different. An order was issued from which an appeal lay to the Board and then, with leave, to the Court of Appeal. In this context, the existence of a permit or of a right of use based on a non-conforming use are clearly questions over which the Board had jurisdiction. After neither complying with the order nor seeking to challenge it in accordance with the requisite procedure, Klippert cannot reformulate the charge as it pleases in order to defend itself as if only the municipal by-law were at issue. I would add that had the by-law's validity been challenged, the penal court's jurisdiction would not be a problem. However, that is not the case here.

22

I turn now to the question of sentencing. Section 154 provides for a fine of up to \$2,500. In itself, this penalty is insufficient to justify disregarding the appeal procedure and allowing collateral attacks. However, unlike the situation in *Consolidated Maybrun, supra*, the *Planning Act* gives the trial judge the power to order, in addition to this penalty, that the accused comply with the development officer's order (s. 155). This power was in fact exercised by Judge Delong in the case at bar, with the result that the three acres at issue may no longer be mined and that the land must be restored to its original condition. It was adduced in evidence that the cost of restoring the land would be approximately \$45,500. On the one hand, it cannot be denied that this is an especially serious consequence for the accused. On the other, it was pointed out that s. 155 has the effect of requiring the judge to rule on land-use planning matters, so that the hesitation to allow the trial judge to determine the merits of the order would not be justified. The Court of Appeal accepted this argument.

23

Although I sympathize with the respondent on this point, I nevertheless do not believe that the

venu de reprocher à Klippert de ne pas avoir porté l'affaire devant la commission puisque celle-ci, en l'absence d'ordonnance, n'aurait pas juridiction. Mais c'est une toute autre situation qui nous concerne ici. Une ordonnance a été délivrée pour laquelle un droit d'appel existe devant la commission puis, sur autorisation, devant la Cour d'appel. Dans ce contexte, l'existence d'un permis ou d'un droit d'exploitation fondé sur un usage dérogatoire sont clairement des questions à l'égard desquelles la commission avait juridiction. N'ayant ni respecté l'ordonnance, ni cherché à la contester suivant la procédure requise, Klippert ne peut reformuler l'accusation à sa guise pour se défendre comme si seul le règlement municipal était en cause. Je note, par ailleurs, que si la validité du règlement était contestée, la juridiction du tribunal pénal ne poserait pas problème. Ce n'est toutefois pas le cas ici.

J'en viens à considérer la peine. L'article 154 prévoit une amende pouvant aller jusqu'à 2 500 \$. En elle-même, cette sanction est insuffisante pour justifier que l'on puisse ignorer la procédure d'appel et permettre les contestations incidentes. Toutefois, et contrairement à la situation dans l'affaire *Consolidated Maybrun*, précitée, la *Planning Act* donne au juge du procès le pouvoir d'ordonner, en sus, que l'accusé se soumette à l'ordonnance de l'agent d'aménagement (art. 155). Ce pouvoir a d'ailleurs été exercé en l'espèce par le juge Delong, avec la conséquence que les trois acres en litige ne peuvent désormais être excavés et que le terrain doit être remis en état. À cet égard, il a été mis en preuve que le coût de la remise en état serait aux alentours de 45 500 \$. D'une part, on ne peut nier qu'il s'agit là de conséquences particulièrement lourdes pour l'accusée. D'autre part, on nous fait remarquer que l'art. 155 a pour effet d'amener le juge à se prononcer sur des questions de planification foncière, de sorte que les réticences à permettre au juge du procès de se prononcer sur le mérite de l'ordonnance ne seraient pas justifiées. Cet argument a d'ailleurs été retenu en Cour d'appel.

Bien que je sympathise avec l'intimée sur ce point, je ne crois pas que la solution consiste pour

solution is to authorize collateral attacks, thereby permitting to circumvent the appeal procedure established by the Act. The legislature's intention in establishing this procedure was to avoid systematic recourse to the courts, and to allow collateral attacks would run counter to this legitimate purpose.

This does not mean, however, that a judge required to exercise his or her power under s. 155 cannot, for sentencing purposes only, consider an error in the order, *inter alia* as to the existence of a permit. However, this is not equivalent to allowing a collateral attack by way of defence to the charge of failing to comply with an order. In the case at bar, the commission of the charged offence is independent of the merits of the order, which should, where appropriate, be raised before the Development Appeal Board. A person who refuses to comply with an order commits an offence, which can then be punished under s. 154.

As for whether it is appropriate for the judge to further order, pursuant to the additional powers conferred by s. 155, that the order be complied with, this question is a distinct one, which is reflected in the scheme of the Act, which deals separately with the fine and the decision to uphold the order. The fact that the merits of the order can be considered for this specific purpose is not a wide open door to collateral attacks to the detriment of the appeal procedure established by the Act.

This solution has the merit of encouraging affected persons to avail themselves of the prescribed procedure for challenging the order, thereby avoiding systematic recourse to the courts, while at the same time permitting the trial judge, in the event of non-compliance, to impose a sentence that is fair in light of the legal situation of the accused. In my view, this is the only interpretation of the Act that respects at once the integrity of the Act's appeal process, the powers conferred by the Act on the trial judge and the rights of a person affected by an administrative order.

autant à autoriser les contestations incidentes et permettre ainsi que soit contournée la procédure d'appel mise en place par la Loi. Ce faisant, le législateur a voulu éviter le recours systématique aux tribunaux et il serait contraire à cet objectif légitime de permettre les contestations incidentes.

Cela ne signifie pas, par ailleurs, que le juge appelé à exercer le pouvoir conféré par l'art. 155 ne puisse tenir compte, pour les fins de la sentence uniquement, du caractère erroné de l'ordonnance, notamment quant à l'existence d'un permis. Cela n'est toutefois pas l'équivalent de permettre une contestation incidente en défense à l'accusation d'avoir violé une ordonnance. En l'espèce, l'infraction reprochée est indépendante du mérite de l'ordonnance, qui aurait dû, le cas échéant, être soulevé devant la commission d'appel en matière d'aménagement. Une personne qui refuse de se conformer à une ordonnance commet ainsi une infraction, laquelle pourra alors être sanctionnée en vertu de l'art. 154.

Quant à savoir s'il est opportun que le juge ordonne, au surplus, et en vertu des pouvoirs additionnels que lui confère l'art. 155, que l'ordonnance soit respectée, il s'agit là d'une question dont le caractère distinct se reflète dans l'économie de la Loi qui traite séparément de l'amende et de l'ordre de respecter l'ordonnance. Qu'il soit permis, à cette fin particulière, de se pencher sur le mérite de l'ordonnance n'a pas pour effet d'ouvrir tout grand la porte aux contestations incidentes au détriment de la procédure d'appel instaurée par la Loi.

Cette solution a le mérite d'inciter les personnes affectées à se prévaloir de la procédure prescrite pour contester l'ordonnance, évitant ainsi le recours systématique aux tribunaux, tout en permettant, en cas de défaut, au juge du procès de rendre une sentence qui soit équitable compte tenu de la situation juridique de l'accusé. C'est, à mon avis, la seule interprétation de la Loi qui respecte à la fois l'intégrité du processus d'appel qu'elle instaure, les pouvoirs qu'elle confère au juge du procès et les droits d'une personne visée par une ordonnance administrative.

24

25

26

27 In the case before us, however, the respondent did not raise in this Court the question whether Judge Delong had erred in imposing the sentence, and sought no relief in respect thereof. In these circumstances, it is not open to us to decide whether Judge Delong erred in upholding the order when imposing the sentence. That would require us to review the evidence that the trial judge had the benefit of hearing and in respect of which we are in principle neither equipped nor prepared to intervene in the instant case.

VI. Disposition

28 I conclude that the *Planning Act* does not authorize a person affected by an order to disregard the appeal procedure before the Development Appeal Board and then to seek to collaterally attack the order by way of defence to a penal charge. The trial judge accordingly lacked jurisdiction to determine the merits of the order.

29 For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and affirm the conviction entered by Chrumka J. of the Court of Queen's Bench and the sentence imposed by the Provincial Court (Criminal Division), the whole with costs.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: City of Calgary Solicitor's Office, Calgary.

Solicitors for the respondent: Courtney Sebree, Calgary.

En l'espèce, cependant, l'intimée n'a pas soulevé devant nous la question de savoir si le juge Delong avait erré en prononçant la sentence et n'a formulé aucune demande à cet égard dans ses conclusions. Dans ces circonstances, il ne nous appartient pas de décider si le juge a commis une erreur en ordonnant à l'intimée de se conformer à l'ordonnance lors de la sentence. Cela nous forcerait, au demeurant, à examiner une preuve testimoniale qu'il a eu le bénéfice d'entendre et à l'égard de laquelle nous ne sommes, en principe, ni équipés pour intervenir, ni disposés à le faire dans le présent dossier.

VI. Dispositif

Je conclus que la *Planning Act* ne permet pas à une personne visée par une ordonnance d'ignorer la procédure d'appel devant la commission d'appel en matière d'aménagement pour ensuite, en défense à une accusation pénale, chercher à contester l'ordonnance de façon incidente. En conséquence, le juge du procès n'avait pas juridiction pour se prononcer sur le mérite de l'ordonnance.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmes la décision de la Cour d'appel et je confirmerais la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Chrumka de la Cour du Banc de la Reine de même que la sentence prononcée par la Cour provinciale (Division criminelle), le tout avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: Le Bureau du procureur de la ville de Calgary, Calgary.

Procureurs de l'intimée: Courtney Sebree, Calgary.

Ryan Robert Reed *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. REED

File No.: 25820.

1998: April 29.

Present: Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Motor vehicles — Dangerous driving causing death.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 86 B.C.A.C. 111, 142 W.A.C. 111, 26 M.V.R. (3d) 11, [1997] B.C.J. No. 211 (QL), allowing the Crown's appeal and setting aside the accused's acquittals on three counts of dangerous driving causing death, [1996] B.C.J. No. 241 (QL), [1996] B.C.W.L.D. 757, 30 W.C.B. (2d) 66. Appeal dismissed.

Brian E. Mickelson and Kenneth S. Purchase, for the appellant.

Alexander Budlovsky, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J. — We are in agreement with the decision of the Court of Appeal. Their reasons are summarized in these words of Justice Cumming:

It cannot be said that the respondent's driving of the type of motor vehicle he had, at night, at a speed more than 20 kilometers in excess of the speed limit, on a curve and totally on the wrong side of the road, is other than a "marked departure from the norm."

((1997), 26 M.V.R. 11, at p. 14.)

Ryan Robert Reed *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. REED

N° du greffe: 25820.

1998: 29 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci, Major et Binnie.

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

Droit criminel — Véhicules à moteur — Conduite dangereuse causant la mort.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 86 B.C.A.C. 111, 142 W.A.C. 111, 26 M.V.R. (3d) 11, [1997] B.C.J. No. 211 (QL), qui a accueilli l'appel du ministère public et annulé l'acquittement de l'accusé à l'égard de trois chefs de conduite dangereuse ayant causé la mort, [1996] B.C.J. No. 241 (QL), [1996] B.C.W.L.D. 757, 30 W.C.B. (2d) 66. Pourvoi rejeté.

Brian E. Mickelson et Kenneth S. Purchase, pour l'appellant.

Alexander Budlovsky, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Nous sommes d'accord avec la décision de la Cour d'appel, dont les motifs ont été résumés en ces mots par le juge Cumming:

[TRADUCTION] Il est impossible d'affirmer que le fait pour l'intimé d'avoir conduit le genre de véhicule qu'il conduisait, la nuit, à une vitesse dépassant de 20 km la limite permise, dans une courbe et complètement du mauvais côté de la route ne constitue pas un «écart marqué par rapport à la norme».

((1997), 26 M.V.R. 11, à la p. 14.)

2

This appeal as of right is dismissed and the order of the Court of Appeal to remit the matter to the trial judge for sentencing is confirmed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Brian E. Mickelson Law Corporation, Vancouver.

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

Le présent appel de plein droit est rejeté et l'ordonnance de la Cour d'appel renvoyant l'affaire au juge du procès pour détermination de la peine est confirmée.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Brian E. Mickelson Law Corporation, Vancouver.

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

William Rodney Jussila *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JUSSILA

File No.: 25888.

1998: April 29.

Present: L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual assault — Trial judge's guilty verdict not unreasonable — Conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1997), 193 A.R. 292, 135 W.A.C. 292, [1997] A.J. No. 164 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction of sexual assault. Appeal dismissed.

Rajko Dodic, for the appellant.

Joshua B. Hawkes, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — We are all of the view that the verdict reached by the trial judge was not unreasonable in all the circumstances of this case. Accordingly, this appeal as of right is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Dodic, Toone, Maclean, Lethbridge.

Solicitor for the respondent: Joshua B. Hawkes, Calgary.

William Rodney Jussila *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. JUSSILA

N° du greffe: 25888.

1998: 29 avril.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci, Major et Binnie.

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Verdict de culpabilité au procès non déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1997), 193 A.R. 292, 135 W.A.C. 292, [1997] A.J. No. 164 (QL), ayant rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

Rajko Dodic, pour l'appellant.

Joshua B. Hawkes, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Nous sommes tous d'avis que le verdict prononcé par le juge du procès n'était pas déraisonnable compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Par conséquent, le présent appel de plein droit est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Dodic, Toone, Maclean, Lethbridge.

Procureur de l'intimée: Joshua B. Hawkes, Calgary.

The Chippewas of Kettle and Stony Point *Appellant*

v.

The Attorney General of Canada, The Corporation of the Township of Bosanquet, Paul Hendrick Wilmink, Joanne Cecilia Wilmink, Joyce Van Geel, Martha Jean Morrison, Paul L. Wagner, Agnes J. Wagner et al. (as shown in Schedule 1) *Respondents*

INDEXED AS: CHIPPEWAS OF KETTLE AND STONY POINT v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 25795.

1998: May 19.

Present: Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Indians — Indian lands — Surrender — Irregularities in surrender process — Surrender valid.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 31 O.R. (3d) 97, 141 D.L.R. (4th) 1, 95 O.A.C. 365, 6 R.P.R. (3d) 185, [1997] 3 C.N.L.R. 65, [1996] O.J. No. 4188 (QL), dismissing an appeal from a judgment of Killeen J. (1995), 24 O.R. (3d) 654, [1996] 1 C.N.L.R. 54, [1995] O.J. No. 2630 (QL), granting respondents' motion for summary judgment and dismissing pleadings against validity of surrender. Appeal dismissed.

Paul G. Vogel, Russell M. Raikes and Carol Godby, for the appellants.

Charlotte A. Bell, Q.C., and *Gary Penner*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Angus L. McKenzie, Q.C., for the respondent the Corporation of the Township of Bosanquet.

Gerard T. Tillmann, for the respondents the Bank of Montreal, Canadian Imperial Bank of

Les Chippewas de Kettle et Stony Point *Appelants*

c.

Le procureur général du Canada, la corporation du canton de Bosanquet, Paul Hendrick Wilmink, Joanne Cecilia Wilmink, Joyce Van Geel, Martha Jean Morrison, Paul L. Wagner, Agnes J. Wagner et autres (figurant à l'annexe 1) *Intimés*

RÉPERTORIÉ: CHIPPEWAS DE KETTLE ET STONY POINT c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 25795.

1998: 19 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

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

Indiens — Terres indiennes — Abandon — Irrégularités dans le processus d'abandon — Abandon valide.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 31 O.R. (3d) 97, 141 D.L.R. (4th) 1, 95 O.A.C. 365, 6 R.P.R. (3d) 185, [1997] 3 C.N.L.R. 65, [1996] O.J. No. 4188 (QL), rejetant l'appel d'un jugement du juge Killeen (1995), 24 O.R. (3d) 654, [1996] 1 C.N.L.R. 54, [1995] O.J. No. 2630 (QL), accueillant la motion des intimés en vue d'obtenir un jugement sommaire et rejetant les actes de procédure concluant à l'invalidité de l'abandon. Pourvoi rejeté.

Paul G. Vogel, Russell M. Raikes et Carol Godby, pour les appelants.

Charlotte A. Bell, c.r., et *Gary Penner*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Angus L. McKenzie, c.r., pour l'intimée la corporation du canton de Bosanquet.

Gerard T. Tillmann, pour les intimées la Banque de Montréal, la Banque Canadienne Impériale de

Commerce, CIBC Mortgage Corporation, Canada Trustco Mortgage Company, National Trust Company and Toronto-Dominion Bank.

Written submission only by *Albert M. Lockyer* for the respondents Cynthia Marie Thoren and Frank Thoren, Christopher Thomas Allan King, 876709 Ontario Ltd., Robert Beverly McDonald, Elizabeth Christina McDonald, Synda Louise Lockyer and Albert Maxwell Lockyer.

Jeff G. Cowan, for the respondents (not otherwise represented) Paul Hendrick Wilmlink *et al.* (as shown in Schedule 2).

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J. — On this appeal we are not concerned with the issue of the Crown's fiduciary duty. The sole question before us is the validity of the surrender and on this issue we are in agreement with the reasons of Laskin J.A. The appeal is therefore dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Cohen, Highley, Vogel & Dawson, London.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Corporation of the Township of Bosanquet: McKenzie, Nash, Bryant, London.

Solicitors for the respondents the Bank of Montreal, Canadian Imperial Bank of Commerce, CIBC Mortgage Corporation, Canada Trustco Mortgage Company, National Trust Company and The Toronto-Dominion Bank: Pensa & Associates, London.

Solicitor for the respondents Cynthia Marie Thoren and Frank Thoren, Christopher Thomas Allan King, 876709 Ontario Ltd., Robert Beverly

Commerce, la Société d'hypothèques CIBC, les Hypothèques Trustco Canada, la Compagnie Trust National et la Banque Toronto-Dominion.

Argumentation écrite seulement par *Albert M. Lockyer*, pour les intimés Cynthia Marie Thoren et Frank Thoren, Christopher Thomas Allan King, 876709 Ontario Ltd., Robert Beverly McDonald, Elizabeth Christina McDonald, Synda Louise Lockyer et Albert Maxwell Lockyer.

Jeff G. Cowan, pour les intimés (non représentés autrement) Paul Hendrick Wilmlink et autres (figurant à l'annexe 2).

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — La question de l'obligation fiduciaire de Sa Majesté ne nous intéresse pas dans le présent pourvoi. La seule question dont nous sommes saisis est celle de la validité de l'abandon et, à cet égard, nous souscrivons aux motifs du juge Laskin. Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: Cohen, Highley, Vogel & Dawson, London.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée la corporation du canton de Bosanquet: McKenzie, Nash, Bryant, London.

Procureurs des intimées la Banque de Montréal, la Banque Canadienne Impériale de Commerce, Société d'hypothèques CIBC, les Hypothèques Trustco Canada, la Compagnie Trust National et la Banque Toronto-Dominion: Pensa & Associates, London.

Procureur des intimés Cynthia Marie Thoren et Frank Thoren, Christopher Thomas Allan King, 876709 Ontario Ltd., Robert Beverly McDonald,

McDonald, Elizabeth Christina McDonald, Synda Louise Lockyer and Albert Maxwell Lockyer: Albert M. Lockyer, Forest.

Solicitors for the respondents (not otherwise represented and shown in Schedule 2) Paul Hendrick Wilmink et al.: Weir & Foulds, Toronto.

Elizabeth Christina McDonald, Synda Louise Lockyer et Albert Maxwell Lockyer: Albert M. Lockyer, Forest.

Procureurs des intimés (non représentés autrement) Paul Hendrick Wilmink et autres (figurant à l'annexe 2): Weir & Foulds, Toronto.

Schedule 1

Remaining Respondents

Leon Edward St. John
 Margaret J. St. John
 Daniel Albert Vincent Rusciollelli
 Rachel Emma Rusciollelli
 Domenico Ambrogio
 Maurina Ambrogio
 William Walter Ellison
 Gail Ann Ellison
 National Trust Company
 Joseph John Huybers
 Joanne Maria Huybers
 Karl Huetter
 Inge Huetter
 Annie Jeanette Dunston
 Grace Marie Lasenby
 Jack Harold Lasenby
 Amin Mussani, In Trust
 Donald Bruce Gray
 Juliaan Alfons D'Hanyns
 Simonne Clara D'Hanyns
 Brian Bernard McGowan
 Margaret Ann McGowan
 Mary Lou LaPratte
 Christopher Thomas Allan King
 William John Harkness
 Frances Curry Harkness
 Barbara L. St. Louis
 Eugene M. Sorin
 Bank of Montreal
 Frank Thoren
 Cynthia Marie Thoren
 Toronto-Dominion Bank
 Daniel Leo Bosnak

Annexe 1

Autres intimés

Leon Edward St. John
 Margaret J. St. John
 Daniel Albert Vincent Rusciollelli
 Rachel Emma Rusciollelli
 Domenico Ambrogio
 Maurina Ambrogio
 William Walter Ellison
 Gail Ann Ellison
 Compagnie Trust National
 Joseph John Huybers
 Joanne Maria Huybers
 Karl Huetter
 Inge Huetter
 Annie Jeanette Dunston
 Grace Marie Lasenby
 Jack Harold Lasenby
 Amin Mussani, en fiducie
 Donald Bruce Gray
 Juliaan Alfons D'Hanyns
 Simonne Clara D'Hanyns
 Brian Bernard McGowan
 Margaret Ann McGowan
 Mary Lou LaPratte
 Christopher Thomas Allan King
 William John Harkness
 Frances Curry Harkness
 Barbara L. St. Louis
 Eugene M. Sorin
 Banque de Montréal
 Frank Thoren
 Cynthia Marie Thoren
 Banque Toronto-Dominion
 Daniel Leo Bosnak

Ellen J. Bosnak	Ellen J. Bosnak
Edward G. Paschalidis	Edward G. Paschalidis
Veronika E. Paschalidis	Veronika E. Paschalidis
Jack Malcolm Galbraith	Jack Malcolm Galbraith
Margaret Irene Galbraith	Margaret Irene Galbraith
John Archibald Pedden	John Archibald Pedden
Dorothy Harriet Pedden	Dorothy Harriet Pedden
Gloria Ann Redmond	Gloria Ann Redmond
Carolyn Jane Sheprak	Carolyn Jane Sheprak
Diana Mary Susan Sheprak	Diana Mary Susan Sheprak
Lotte Nachtnebel	Lotte Nachtnebel
Josef Szela	Josef Szela
Erika Szela	Erika Szela
Roy Francis Giroux	Roy Francis Giroux
Madonna Giroux	Madonna Giroux
Derek Leslie Barker	Derek Leslie Barker
Nan Francis Barker	Nan Francis Barker
George C. Wallis	George C. Wallis
Janet Wallis	Janet Wallis
Bernardus Josephus Veel	Bernardus Josephus Veel
Hendrika Petronella Veel	Hendrika Petronella Veel
St. Willibrord Community Credit Union Limited	St. Willibrord Community Credit Union Limited
David A. Voll	David A. Voll
Diane M. Voll	Diane M. Voll
Canadian Imperial Bank of Commerce	Banque Canadienne Impériale de Commerce
CIBC Mortgage Corporation	Société d'hypothèques CIBC
Pierre Conrad Morisset	Pierre Conrad Morisset
876709 Ontario Ltd.	876709 Ontario Ltd.
Keith Leslie Orchard	Keith Leslie Orchard
Maisie Norine Orchard	Maisie Norine Orchard
Michael Robert DeHetre	Michael Robert DeHetre
David George Burgoyne	David George Burgoyne
Karine Gerd Burgoyne	Karine Gerd Burgoyne
Daniel Ernest Zigar	Daniel Ernest Zigar
Lola Louise Zigar	Lola Louise Zigar
Stanley William Ulch	Stanley William Ulch
Lillian Ulch	Lillian Ulch
George Edward Hext	George Edward Hext
Sherrill Lynn Hext	Sherrill Lynn Hext
John O. Chessman	John O. Chessman
Rosa Jeannette Chessman	Rosa Jeannette Chessman
Glenn Edward McCann	Glenn Edward McCann
Sandra Joy McCann	Sandra Joy McCann
Leo Moyer Arrand	Leo Moyer Arrand

Alma Louraine Arrand
Wilfrid John O'Donnell
Judith Lynn O'Donnell
Richard Andrigo
Kenneth O'Hagan
Canada Trustco Mortgage Company
Linda Alice Williams
Olive Adeline Topping
Edward Joseph Miller
Joan Kristine Miller
Lloyd Howard Kerr
Joan Marie Kerr
Wayne Grant Hopson
Barbara Ann Hopson
Dudley Kent Wilcox
Jerry Theodore Vandergoot
Diane Jocelyn Vandergoot
Norman Charles William Hoch
Ruth Elizabeth Hoch
Richard L. Schultz
Kenneth Walter Stewart
Rosemary Kathleen Stewart
Cyril Woodward Bamford
Kenneth Wilbur Heslop
Fern Doreen Heslop
Edward Hurd James
Donna Fay James
Ralph C. Beal
Irene I. Beal
Rose Marie Giffen
Alexander Edwin Colvin
Betty May Townshend
Ross Franklin Hoover
John M. Thyret
Royal Bank of Canada
John Maximilian Thyret
Susan Maes-Thyret
Brian Davy
Sandra Davy
Robert Harris Lavery, Jr.
Elizabeth Ellen Lavery
Lynn Ellen Green
Karen Elise Green
Robert Edward Cook

Alma Louraine Arrand
Wilfrid John O'Donnell
Judith Lynn O'Donnell
Richard Andrigo
Kenneth O'Hagan
Hypothèques Trustco Canada
Linda Alice Williams
Olive Adeline Topping
Edward Joseph Miller
Joan Kristine Miller
Lloyd Howard Kerr
Joan Marie Kerr
Wayne Grant Hopson
Barbara Ann Hopson
Dudley Kent Wilcox
Jerry Theodore Vandergoot
Diane Jocelyn Vandergoot
Norman Charles William Hoch
Ruth Elizabeth Hoch
Richard L. Schultz
Kenneth Walter Stewart
Rosemary Kathleen Stewart
Cyril Woodward Bamford
Kenneth Wilbur Heslop
Fern Doreen Heslop
Edward Hurd James
Donna Fay James
Ralph C. Beal
Irene I. Beal
Rose Marie Giffen
Alexander Edwin Colvin
Betty May Townshend
Ross Franklin Hoover
John M. Thyret
Banque Royale du Canada
John Maximilian Thyret
Susan Maes-Thyret
Brian Davy
Sandra Davy
Robert Harris Lavery, fils
Elizabeth Ellen Lavery
Lynn Ellen Green
Karen Elise Green
Robert Edward Cook

Majorie Ann Cook
Jacqueline A. Wagner
Robert E. Cook, Jr.
Lois Joy Denning
James W. Sinkule
Elaine D. Sinkule
Ruth Anne Sinkule
Barbara Jean Sinkule
Cathy Salisbury
Gerard Deluct
106119 Canada Limited
June Alethea Steepe
David Frederick Blay
Gorden Glenn Blay
Frank Ervin Joksas
Stephen P. Kennedy
Alice R. Kennedy
Wayne Frederick Walker
Mareta Ann Walker
Melvin Dean Dailey
Ralph B. Dailey
Raymond K. Dailey
Lester Alexander Chedore
Norman Heitbohmer
Florence Heitbohmer
Dorothy G. Smith
Clara Elizabeth Chedore
Donald Angus Galbraith
William Louis McDace
Barbara Jane McDace
Edmund Heier
Mary Anne Heier
William Isaac Jones
Mary Isabel Jones
Elizabeth Anne Saunders
Victor Myra Anderson
Gertrude Smith
Janet Lynn Jariott
Synda Louise Lockyer
Robert Beverly McDonald
Elizabeth Christina McDonald
Albert Maxwell Lockyer
Warren W. Sanford
Beverly M. Sanford

Majorie Ann Cook
Jacqueline A. Wagner
Robert E. Cook, fils
Lois Joy Denning
James W. Sinkule
Elaine D. Sinkule
Ruth Anne Sinkule
Barbara Jean Sinkule
Cathy Salisbury
Gerard Deluct
106119 Canada Limited
June Alethea Steepe
David Frederick Blay
Gorden Glenn Blay
Frank Ervin Joksas
Stephen P. Kennedy
Alice R. Kennedy
Wayne Frederick Walker
Mareta Ann Walker
Melvin Dean Dailey
Ralph B. Dailey
Raymond K. Dailey
Lester Alexander Chedore
Norman Heitbohmer
Florence Heitbohmer
Dorothy G. Smith
Clara Elizabeth Chedore
Donald Angus Galbraith
William Louis McDace
Barbara Jane McDace
Edmund Heier
Mary Anne Heier
William Isaac Jones
Mary Isabel Jones
Elizabeth Anne Saunders
Victor Myra Anderson
Gertrude Smith
Janet Lynn Jariott
Synda Louise Lockyer
Robert Beverly McDonald
Elizabeth Christina McDonald
Albert Maxwell Lockyer
Warren W. Sanford
Beverly M. Sanford

Margaret Hahn
Kimberly Rudy Marion
James William White
Rita Verna White
John Distler
Mary Distler
Martin Mueller
Maria Mueller
Anton Bauer
Katherine Bauer
James Ronald Speiran
Sharon Lorraine Speiran
William David Teeple
Sheila Jean Teeple
Dianne Brown
Ronald Howard Tomlinson
Betty Ann Tomlinson
William George Henry Sawyer
Norma Luella Sawyer
Harold Edwin Robinson
Stanislav Sustarsic
Franciska Sustarsic
John David Livingston
Audrey Mary Livingston
George Kniess
Theresa Kniess
John Putschli
Magdolena Putschli
John Eberhard
Teresa Eberhard
Thomas William Eyre
Janet Elizabeth Eyre
Thomas Henry
Theresa Henry
Norval Harvey Dix
Barbara Anna Lee Dix
Peter Robinson
Norma Janet Wight Robinson
Rudi Deskau
Lisa Deskau
Robert P. Hartop
Gertrude V. Hartop
Ada A. Wakefield
Mary Louise Dunn

Margaret Hahn
Kimberly Rudy Marion
James William White
Rita Verna White
John Distler
Mary Distler
Martin Mueller
Maria Mueller
Anton Bauer
Katherine Bauer
James Ronald Speiran
Sharon Lorraine Speiran
William David Teeple
Sheila Jean Teeple
Dianne Brown
Ronald Howard Tomlinson
Betty Ann Tomlinson
William George Henry Sawyer
Norma Luella Sawyer
Harold Edwin Robinson
Stanislav Sustarsic
Franciska Sustarsic
John David Livingston
Audrey Mary Livingston
George Kniess
Theresa Kniess
John Putschli
Magdolena Putschli
John Eberhard
Teresa Eberhard
Thomas William Eyre
Janet Elizabeth Eyre
Thomas Henry
Theresa Henry
Norval Harvey Dix
Barbara Anna Lee Dix
Peter Robinson
Norma Janet Wight Robinson
Rudi Deskau
Lisa Deskau
Robert P. Hartop
Gertrude V. Hartop
Ada A. Wakefield
Mary Louise Dunn

William James Wakefield
 Roy E. Dickerson
 Flonteenia M. Dickerson
 Melvin A. Colo
 Joan M. Colo
 Ronald Hugh McIntyre
 Margaret Ann McIntyre
 Mervin Lawrence Behm
 Margaret Gail Behm
 Douglas C. Coleman
 Margaret F. Coleman
 Glen Alvin Leach
 Frank Richard George Van De Peer
 Margaret Elizabeth Van De Peer

William James Wakefield
 Roy E. Dickerson
 Flonteenia M. Dickerson
 Melvin A. Colo
 Joan M. Colo
 Ronald Hugh McIntyre
 Margaret Ann McIntyre
 Mervin Lawrence Behm
 Margaret Gail Behm
 Douglas C. Coleman
 Margaret F. Coleman
 Glen Alvin Leach
 Frank Richard George Van De Peer
 Margaret Elizabeth Van De Peer

Schedule 2

Respondents Represented by Weir & Foulds, Toronto

Paul Hendrick Wilmink
 Joanne Cecilia Wilmink
 Joyce Van Geel
 Martha Jean Morrison
 Paul L. Wagner
 Agnes J. Wagner
 Leon Edward St. John
 Margaret J. St. John
 Daniel Albert Vincent Rusciollelli
 Rachel Emma Rusciollelli
 Domenico Ambrogio
 Maurina Ambrogio
 William Walter Ellison
 Gail Ann Ellison
 Joseph John Huybers
 Joanne Maria Huybers
 Karl Huetter
 Inge Huetter
 Annie Jeanette Dunston
 Grace Marie Lasenby
 Jack Harold Lasenby
 Amin Mussani, In Trust
 Donald Bruce Gray
 Juliaan Alfons D'Hanyns
 Simonne Clara D'Hanyns

Annexe 2

Intimés représentés par Weir & Foulds, Toronto

Paul Hendrick Wilmink
 Joanne Cecilia Wilmink
 Joyce Van Geel
 Martha Jean Morrison
 Paul L. Wagner
 Agnes J. Wagner
 Leon Edward St. John
 Margaret J. St. John
 Daniel Albert Vincent Rusciollelli
 Rachel Emma Rusciollelli
 Domenico Ambrogio
 Maurina Ambrogio
 William Walter Ellison
 Gail Ann Ellison
 Joseph John Huybers
 Joanne Maria Huybers
 Karl Huetter
 Inge Huetter
 Annie Jeanette Dunston
 Grace Marie Lasenby
 Jack Harold Lasenby
 Amin Mussani, en fiducie
 Donald Bruce Gray
 Juliaan Alfons D'Hanyns
 Simonne Clara D'Hanyns

Brian Bernard McGowan
Margaret Ann McGowan
Mary Lou LaPratte
William John Harkness
Frances Curry Harkness
Barbara L. St. Louis
Eugene M. Sorin
Daniel Leo Bosnak
Ellen J. Bosnak
Edward G. Paschalidis
Veronika E. Paschalidis
Jack Malcolm Galbraith
Margaret Irene Galbraith
John Archibald Pedden
Dorothy Harriet Pedden
Gloria Ann Redmond
Carolyn Jane Sheprak
Diana Mary Susan Sheprak
Lotte Nachtnebel
Josef Szela
Erika Szela
Roy Francis Giroux
Madonna Giroux
Derek Leslie Barker
Nan Francis Barker
George C. Wallis
Janet Wallis
Bernardus Josephus Veel
Hendrika Petronella Veel
David A. Voll
Diane M. Voll
Pierre Conrad Morisset
Keith Leslie Orchard
Maisie Norine Orchard
Michael Robert DeHetre
David George Burgoyne
Karine Gerd Burgoyne
Daniel Ernest Zigar
Lola Louise Zigar
Stanley William Ulch
Lillian Ulch
George Edward Hext
Sherrill Lynn Hext
John O. Chessman

Brian Bernard McGowan
Margaret Ann McGowan
Mary Lou LaPratte
William John Harkness
Frances Curry Harkness
Barbara L. St. Louis
Eugene M. Sorin
Daniel Leo Bosnak
Ellen J. Bosnak
Edward G. Paschalidis
Veronika E. Paschalidis
Jack Malcolm Galbraith
Margaret Irene Galbraith
John Archibald Pedden
Dorothy Harriet Pedden
Gloria Ann Redmond
Carolyn Jane Sheprak
Diana Mary Susan Sheprak
Lotte Nachtnebel
Josef Szela
Erika Szela
Roy Francis Giroux
Madonna Giroux
Derek Leslie Barker
Nan Francis Barker
George C. Wallis
Janet Wallis
Bernardus Josephus Veel
Hendrika Petronella Veel
David A. Voll
Diane M. Voll
Pierre Conrad Morisset
Keith Leslie Orchard
Maisie Norine Orchard
Michael Robert DeHetre
David George Burgoyne
Karine Gerd Burgoyne
Daniel Ernest Zigar
Lola Louise Zigar
Stanley William Ulch
Lillian Ulch
George Edward Hext
Sherrill Lynn Hext
John O. Chessman

Rosa Jeannette Chessman
Glenn Edward McCann
Sandra Joy McCann
Leo Moyer Arrand
Alma Louraine Arrand
Wilfrid John O'Donnell
Judith Lynn O'Donnell
Richard Andrigo
Kenneth O'Hagan
Olive Adeline Topping
Edward Joseph Miller
Joan Kristine Miller
Lloyd Howard Kerr
Joan Marie Kerr
Wayne Grant Hopson
Barbara Ann Hopson
Dudley Kent Wilcox
Jerry Theodore Vandergoot
Diane Jocelyn Vandergoot
Norman Charles William Hoch
Ruth Elizabeth Hoch
Richard L. Schultz
Kenneth Walter Stewart
Rosemary Kathleen Stewart
Cyril Woodward Bamford
Kenneth Wilbur Heslop
Fern Doreen Heslop
Edward Hurd James
Donna Fay James
Ralph C. Beal
Irene I. Beal
Rose Marie Giffen
Alexander Edwin Colvin
Betty May Townshend
Ross Franklin Hoover
John M. Thyret
John Maximilian Thyret
Susan Maes-Thyret
Brian Davy
Sandra Davy
Robert Harris Lavery, Jr.
Elizabeth Ellen Lavery
Lynn Ellen Green
Karen Elise Green

Rosa Jeannette Chessman
Glenn Edward McCann
Sandra Joy McCann
Leo Moyer Arrand
Alma Louraine Arrand
Wilfrid John O'Donnell
Judith Lynn O'Donnell
Richard Andrigo
Kenneth O'Hagan
Olive Adeline Topping
Edward Joseph Miller
Joan Kristine Miller
Lloyd Howard Kerr
Joan Marie Kerr
Wayne Grant Hopson
Barbara Ann Hopson
Dudley Kent Wilcox
Jerry Theodore Vandergoot
Diane Jocelyn Vandergoot
Norman Charles William Hoch
Ruth Elizabeth Hoch
Richard L. Schultz
Kenneth Walter Stewart
Rosemary Kathleen Stewart
Cyril Woodward Bamford
Kenneth Wilbur Heslop
Fern Doreen Heslop
Edward Hurd James
Donna Fay James
Ralph C. Beal
Irene I. Beal
Rose Marie Giffen
Alexander Edwin Colvin
Betty May Townshend
Ross Franklin Hoover
John M. Thyret
John Maximilian Thyret
Susan Maes-Thyret
Brian Davy
Sandra Davy
Robert Harris Lavery, fils
Elizabeth Ellen Lavery
Lynn Ellen Green
Karen Elise Green

Robert Edward Cook
Majorie Ann Cook
Jacqueline A. Wagner
Robert E. Cook, Jr.
Lois Joy Denning
James W. Sinkule
Elaine D. Sinkule
Ruth Anne Sinkule
Barbara Jean Sinkule
Cathy Salisbury
Gerard Deluct
106119 Canada Limited
June Alethea Steepe
David Frederick Blay
Gorden Glenn Blay
Frank Ervin Joksas
Stephen P. Kennedy
Alice R. Kennedy
Wayne Frederick Walker
Mareta Ann Walker
Melvin Dean Dailey
Ralph B. Dailey
Raymond K. Dailey
Lester Alexander Chedore
Norman Heitbohmer
Florence Heitbohmer
Dorothy G. Smith
Clara Elizabeth Chedore
Donald Angus Galbraith
William Louis McDace
Barbara Jane McDace
Edmund Heier
Mary Anne Heier
William Isaac Jones
Mary Isabel Jones
Elizabeth Anne Saunders
Victor Myra Anderson
Gertrude Smith
Janet Lynn Jariott
Margaret Hahn
Kimberly Rudy Marion
James William White
Rita Verna White
John Distler

Robert Edward Cook
Majorie Ann Cook
Jacqueline A. Wagner
Robert E. Cook, fils
Lois Joy Denning
James W. Sinkule
Elaine D. Sinkule
Ruth Anne Sinkule
Barbara Jean Sinkule
Cathy Salisbury
Gerard Deluct
106119 Canada Limited
June Alethea Steepe
David Frederick Blay
Gorden Glenn Blay
Frank Ervin Joksas
Stephen P. Kennedy
Alice R. Kennedy
Wayne Frederick Walker
Mareta Ann Walker
Melvin Dean Dailey
Ralph B. Dailey
Raymond K. Dailey
Lester Alexander Chedore
Norman Heitbohmer
Florence Heitbohmer
Dorothy G. Smith
Clara Elizabeth Chedore
Donald Angus Galbraith
William Louis McDace
Barbara Jane McDace
Edmund Heier
Mary Anne Heier
William Isaac Jones
Mary Isabel Jones
Elizabeth Anne Saunders
Victor Myra Anderson
Gertrude Smith
Janet Lynn Jariott
Margaret Hahn
Kimberly Rudy Marion
James William White
Rita Verna White
John Distler

Mary Distler
Martin Mueller
Maria Mueller
James Ronald Speiran
Sharon Lorraine Speiran
William David Teeple
Sheila Jean Teeple
Dianne Brown
Ronald Howard Tomlinson
Betty Ann Tomlinson
William George Henry Sawyer
Norma Luella Sawyer
Harold Edwin Robinson
Stanislav Sustarsic
Franciska Sustarsic
John David Livingston
Audrey Mary Livingston
George Kniess
Theresa Kniess
John Putschli
Magdolena Putschli
John Eberhard
Teresa Eberhard
Thomas William Eyre
Janet Elizabeth Eyre
Thomas Henry
Theresa Henry
Norval Harvey Dix
Barbara Anna Lee Dix
Rudi Deskau
Lisa Deskau
Robert P. Hartop
Gertrude V. Hartop
Ada A. Wakefield
Mary Louise Dunn
William James Wakefield
Roy E. Dickerson
Flonteenia M. Dickerson
Melvin A. Colo
Joan M. Colo
Ronald Hugh McIntyre
Margaret Ann McIntyre
Mervin Lawrence Behm
Margaret Gail Behm

Mary Distler
Martin Mueller
Maria Mueller
James Ronald Speiran
Sharon Lorraine Speiran
William David Teeple
Sheila Jean Teeple
Dianne Brown
Ronald Howard Tomlinson
Betty Ann Tomlinson
William George Henry Sawyer
Norma Luella Sawyer
Harold Edwin Robinson
Stanislav Sustarsic
Franciska Sustarsic
John David Livingston
Audrey Mary Livingston
George Kniess
Theresa Kniess
John Putschli
Magdolena Putschli
John Eberhard
Teresa Eberhard
Thomas William Eyre
Janet Elizabeth Eyre
Thomas Henry
Theresa Henry
Norval Harvey Dix
Barbara Anna Lee Dix
Rudi Deskau
Lisa Deskau
Robert P. Hartop
Gertrude V. Hartop
Ada A. Wakefield
Mary Louise Dunn
William James Wakefield
Roy E. Dickerson
Flonteenia M. Dickerson
Melvin A. Colo
Joan M. Colo
Ronald Hugh McIntyre
Margaret Ann McIntyre
Mervin Lawrence Behm
Margaret Gail Behm

Douglas C. Coleman
Margaret F. Coleman
Glen Alvin Leach
Frank Richard George Van De Peer
Margaret Elizabeth Van De Peer

Douglas C. Coleman
Margaret F. Coleman
Glen Alvin Leach
Frank Richard George Van De Peer
Margaret Elizabeth Van De Peer

Shane John Reitsma *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. REITSMA

File No.: 26305.

1998: May 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Identification — Accused convicted on basis of identification evidence — Verdict cannot reasonably be supported by evidence — Acquittal directed.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 97 B.C.A.C. 303, 157 W.A.C. 303, [1997] B.C.J. No. 2314 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction of break and enter and theft. Appeal allowed and acquittal directed.

Michael J. Munro, for the appellant.

Robert A. Mulligan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J. — We are all in agreement with the minority reasons given by Madam Justice Rowles. The appeal is therefore allowed, the conviction is set aside and an acquittal is directed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Michael J. Munro, Victoria.

Solicitor for the respondent: Robert A. Mulligan, Victoria.

Shane John Reitsma *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. REITSMA

N° du greffe: 26305.

1998: 20 mai.

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

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

Droit criminel — Preuve — Identification — Accusé déclaré coupable sur la foi d'une preuve d'identification — Verdict ne pouvant raisonnablement être appuyé par la preuve — Acquiescement ordonné.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 97 B.C.A.C. 303, 157 W.A.C. 303, [1997] B.C.J. No. 2314 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité pour entrée par effraction et pour vol. Pourvoi accueilli et acquiescement ordonné.

Michael J. Munro, pour l'appellant.

Robert A. Mulligan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Nous sommes tous d'accord avec les motifs minoritaires exposés par Madame le juge Rowles. Le pourvoi est donc accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et l'acquiescement est ordonné.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant: Michael J. Munro, Victoria.

Procureur de l'intimée: Robert A. Mulligan, Victoria.

Melville Neuman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: NEUMAN v. M.N.R.

File No.: 25565.

1998: January 28; 1998: May 21.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Dividends — Attribution — Taxpayer incorporating family holding company for tax planning and income splitting purposes — Taxpayer's wife elected sole director of company — Wife declaring dividends on her own and on taxpayer's shares — Whether dividend income received by wife should be attributed to taxpayer for income tax purposes — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(2).

The appellant N incorporated a family holding company and immediately sold all of his shares in another company to it on a tax-deferred basis for the same number of Class "G" voting shares in the holding company. N's wife was issued 99 non-voting Class "F" shares at \$1 per share. At the first annual meeting of shareholders N's wife was elected sole director of the holding company and N and his wife were appointed as officers. In 1982, the holding company received \$20,000 in dividends on the shares it owned. A board of directors meeting was held at which N's wife, pursuant to a discretionary dividend clause in the company's articles of incorporation, declared a dividend of \$5,000 to be paid on N's Class "G" shares and another dividend of \$14,800 to be paid on her own Class "F" shares. N's wife immediately loaned him \$14,800 and received a demand promissory note as security in return. N's wife died in 1988. The loan was not repaid. The dividend income paid to N's wife in 1982 was attributed to N as being a payment or transfer of property made pursuant to the direction of or with the concurrence of N as described in s. 56(2) of the *Income Tax Act (ITA)* and he was assessed tax on this income. N appealed his 1982 assessment to the Tax Court of Canada and in 1992 that assessment was vacated. The respondent appealed to the

Melville Neuman *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: NEUMAN c. M.R.N.

N° du greffe: 25565.

1998: 28 janvier; 1998: 21 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Dividendes — Attribution — Contribuable constituant une société de portefeuille familiale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu — Épouse du contribuable élue seule administratrice de la société — Épouse déclarant des dividendes sur ses propres actions et sur celles du contribuable — Le revenu de dividendes touché par l'épouse devrait-il être attribué au contribuable aux fins de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(2).

L'appellant N a constitué une société de portefeuille familiale et lui a immédiatement vendu, selon une formule d'impôt différé, toutes les actions qu'il possédait dans une autre société, en échange du même nombre d'actions de catégorie «G» avec droit de vote de la société de portefeuille. L'épouse de N s'est vu émettre 99 actions de catégorie «F», sans droit de vote, au prix de 1 \$ l'action. Lors de la première assemblée annuelle des actionnaires, l'épouse de N a été élue seule administratrice de la société de portefeuille, et N et son épouse ont été nommés dirigeants. En 1982, la société de portefeuille a touché des dividendes de 20 000 \$ sur les actions qu'elle possédait. Le conseil d'administration a tenu une réunion au cours de laquelle l'épouse de N a, conformément à une clause de dividendes discrétionnaires énoncée dans les statuts constitutifs de la société, déclaré un dividende de 5 000 \$ payable sur les actions de catégorie «G» de N, et un autre dividende de 14 800 \$ payable sur ses propres actions de catégorie «F». L'épouse de N a immédiatement consenti à ce dernier un prêt de 14 800 \$ garanti par un billet à demande. Celle-ci est décédée en 1988. Le prêt n'a pas été remboursé. Le revenu de dividendes versé à l'épouse de N en 1982 a été attribué à N comme paiement ou transfert de biens fait suivant les instructions ou avec l'accord de

Federal Court, Trial Division without success, but a further appeal to the Federal Court of Appeal was allowed.

Held: The appeal should be allowed.

Section 56(2) of the *ITA* does not apply to the dividend income received by N's wife. While s. 56(2) strives to prevent tax avoidance through income splitting, it is a specific tax avoidance provision and not a general provision against income splitting. It can only operate to prevent income splitting where the following preconditions to its application are specifically met: (1) the payment must be to a person other than the reassessed taxpayer; (2) the allocation must be at the direction or with the concurrence of the reassessed taxpayer; (3) the payment must be for the benefit of the reassessed taxpayer or for the benefit of another person whom the reassessed taxpayer wished to benefit; and (4) the payment would have been included in the reassessed taxpayer's income if it had been received by him or her. *McClurg v. Canada* provides that as a general rule, s. 56(2) does not apply to dividend income since, until a dividend is declared, the profits belong to the corporation as retained earnings. The declaration of a dividend therefore cannot be said to be a diversion of a benefit which the taxpayer otherwise would have received. Such an entitlement requirement is consistent with the purpose of s. 56(2), which is to capture and attribute to the reassessed taxpayer receipts which he or she otherwise would have obtained. Unless a reassessed taxpayer had a preexisting entitlement to the dividend income paid to the shareholder of a corporation, the fourth precondition cannot be satisfied and consequently s. 56(2) cannot operate to attribute the dividend income to that taxpayer for income tax purposes.

Assuming that proper consideration was given for the shares when issued, there is no exception to the rule that s. 56(2) does not apply to dividend income where the recipient of the dividend income in a non-arm's length

ce dernier, tel que prévu au par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu (LIR)*, et N a été imposé sur ce revenu. N a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt contre sa cotisation de 1982, qui a été annulée en 1992. L'intimée a interjeté, sans succès, un appel devant la Cour fédérale, Section de première instance, mais a obtenu gain de cause devant la Cour d'appel fédérale.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le paragraphe 56(2) de la *LIR* ne s'applique pas au revenu de dividendes reçu par l'épouse de N. Bien qu'il vise à empêcher l'évitement fiscal au moyen du fractionnement du revenu, le par. 56(2) constitue une disposition particulière relative à l'évitement fiscal, et non une disposition générale interdisant le fractionnement du revenu. Il ne peut s'appliquer pour empêcher le fractionnement du revenu que lorsque les conditions suivantes préalables à son application sont précisément remplies: 1) le paiement doit être fait à une autre personne que le contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie; 2) la répartition doit être faite suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie; 3) le paiement doit être fait au profit du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie ou à une autre personne à titre d'avantage que ce contribuable souhaitait voir accorder à cette autre personne; 4) le paiement aurait été inclus dans le revenu du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie si ce dernier l'avait reçu lui-même. L'arrêt *McClurg c. Canada* prévoit qu'en règle générale le par. 56(2) ne s'applique pas aux revenus de dividendes étant donné que, jusqu'à ce qu'un dividende soit déclaré, les profits appartiennent à la société à titre de bénéfices non distribués. On ne saurait donc dire que la déclaration d'un dividende constitue un détournement d'un avantage dont le contribuable aurait autrement bénéficié. Une telle condition d'existence d'un droit est compatible avec l'objet du par. 56(2), qui est de prendre et d'attribuer au contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie les recettes qu'il aurait autrement touchées. À moins que le contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie n'ait eu un droit préexistant au revenu de dividendes versé à l'actionnaire d'une société, la quatrième condition préalable ne peut pas être remplie et, par conséquent, le par. 56(2) ne peut pas être appliqué de manière à attribuer le revenu de dividendes à ce contribuable aux fins de l'impôt sur le revenu.

À supposer qu'une contrepartie suffisante a été donnée pour les actions au moment de leur émission, il n'y a pas d'exception à la règle selon laquelle le par. 56(2) ne s'applique pas à un revenu de dividendes lorsque le

transaction has not made a legitimate contribution to the corporation. The fact that a company is closely held or that no contribution is made to the company by a shareholder benefiting from a dividend in no way changes the underlying nature of a dividend. Dividends are paid to shareholders as a return on their investment in the corporation. Since the distribution of the dividend is not determined by the quantum of a shareholder's contribution to the corporation, it would be illogical to use contribution as the criterion that determines when dividend income will be subject to s. 56(2). Further, taxpayers are entitled to arrange their affairs for the sole purpose of achieving a favourable position regarding taxation and no distinction is to be made in the application of this principle between arm's length and non-arm's length transactions.

Cases Cited

Considered: *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020, aff'g [1988] 2 F.C. 356; **distinguished:** *Winter v. Canada*, [1991] 1 F.C. 585; **referred to:** *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Murphy v. The Queen*, 80 D.T.C. 6314; *Fraser Companies, Ltd. v. The Queen*, 81 D.T.C. 5051.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1)(j), 56(2), 74.4 [ad. 1986, c. 6, s. 38], 82(1), 85(1), 245 [rep. & sub. 1988, c. 55, s. 185].

Authors Cited

Krishna, Vern. "Share Capital Structure of Closely-Held Private Corporations" (1996), 7 *Can. Curr. Tax* 7.
 Krishna, Vern, and J. Anthony Van Duzer. "Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*" (1992-93), 21 *Can. Bus. L.J.* 335.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 1 F.C. 79, 201 N.R. 358, [1996] 3 C.T.C. 270, 96 D.T.C. 6464, [1996] F.C.J. No. 1108 (QL), allowing an appeal from a judgment of Rothstein J., [1994] 2 F.C. 154, 72 F.T.R. 17, [1994] 1 C.T.C. 354, 94 D.T.C. 6094, [1993] F.C.J. No. 1332 (QL), dismissing an appeal from a

bénéficiaire du revenu de dividendes, dans une opération effectuée avec lien de dépendance, n'a fourni aucun apport légitime à la société. Le fait qu'une société soit une société à capital fermé ou qu'aucun apport ne soit fourni à la société par un actionnaire qui profite d'un dividende ne change rien à la nature fondamentale d'un dividende. Les dividendes sont versés aux actionnaires à titre de rendement du capital qu'ils ont investi dans la société. Étant donné que la distribution du dividende ne dépend pas de l'importance de l'apport fourni par un actionnaire à la société, il serait illogique de faire de cet apport le critère d'assujettissement du revenu de dividendes au par. 56(2). En outre, les contribuables ont le droit d'organiser leurs affaires dans le seul but de se trouver dans une situation favorable sur le plan fiscal et, pour appliquer ce principe, aucune distinction ne doit être établie entre les opérations effectuées sans lien de dépendance et celles effectuées avec lien de dépendance.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020, conf. [1988] 2 C.F. 356; **distinction d'avec l'arrêt:** *Winter c. Canada*, [1991] 1 C.F. 585; **arrêts mentionnés:** *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Murphy c. The Queen*, 80 D.T.C. 6314; *Fraser Companies, Ltd. c. The Queen*, 81 D.T.C. 5051.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1)(j), 56(2) [abr. & rempl. 1977-78, ch. 1, art. 101], 74.4 [aj. 1986, ch. 6, art. 38], 82(1), 85(1), 245 [abr. & rempl. 1988, ch. 55, art. 185].

Doctrine citée

Krishna, Vern. «Share Capital Structure of Closely-Held Private Corporations» (1996), 7 *Can. Curr. Tax* 7.
 Krishna, Vern, and J. Anthony Van Duzer. «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*» (1992-93), 21 *Can. Bus. L.J.* 335.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 1 C.F. 79, 201 N.R. 358, [1996] 3 C.T.C. 270, 96 D.T.C. 6464, [1996] A.C.F. n° 1108 (QL), qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Rothstein, [1994] 2 C.F. 154, 72 F.T.R. 17, [1994] 1 C.T.C. 354, 94 D.T.C. 6094, [1993] A.C.F. n° 1332 (QL), qui avait rejeté un

judgment of Sarchuk T.C.C.J., [1992] 2 C.T.C. 2074, 92 D.T.C. 1652, [1992] T.C.J. No. 288 (QL), allowing an appeal from an assessment of income tax. Appeal allowed.

Joe E. Hershfield, Q.C., Ralph D. Neuman and Christopher M. Paterson, for the appellant.

Roger Taylor and Robert Gosman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — The principal question raised by this appeal is whether dividend income, paid by a closely held family corporation to a non-arm's length shareholder who has not contributed to or participated in the business of the corporation, in this case Ruby Neuman, should be attributed to the shareholder's spouse, the appellant Melville Neuman, for income tax purposes in accordance with s. 56(2) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 as amended (the "ITA"). I conclude that s. 56(2) does not apply to dividend income such that the dividend income received by Ruby Neuman cannot be attributed to the appellant for income tax purposes.

1. Facts

The appellant was at all material times a lawyer with the firm of Neuman, MacLean in Winnipeg. The appellant and his partners at the law firm each owned 1,285,714 common shares in Newmac Services (1973) Ltd. ("Newmac"), which owned commercial property in downtown Winnipeg, including the offices of Neuman, MacLean. The appellant acted as secretary of Newmac. The appellant's wife, Ruby Neuman, had no involvement in the business of Newmac.

On April 29, 1981, the appellant incorporated Melru Ventures Inc. ("Melru") as a family holding company. Rothstein J. of the Federal Court, Trial

appel contre un jugement du juge Sarchuk, [1992] 2 C.T.C. 2074, 92 D.T.C. 1652, [1992] A.C.I. n° 288 (QL), qui avait accueilli un appel contre une cotisation d'impôt sur le revenu. Pourvoi accueilli.

Joe E. Hershfield, c.r., Ralph D. Neuman et Christopher M. Paterson, pour l'appellant.

Roger Taylor et Robert Gosman, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — La principale question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si un revenu de dividendes versé par une société familiale à capital fermé à un actionnaire ayant un lien de dépendance qui n'a fourni aucun apport ni participé aux affaires de la société, en l'occurrence Ruby Neuman, devrait être attribué au conjoint de l'actionnaire, l'appellant Melville Neuman, aux fins de l'impôt sur le revenu, conformément au par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 et ses modifications (la «LIR»). Je conclus que le par. 56(2) ne s'applique pas aux revenus de dividendes de sorte que le revenu de dividendes touché par Ruby Neuman ne peut pas être attribué à l'appellant aux fins de l'impôt sur le revenu.

1. Les faits

Pendant toute la période pertinente, l'appellant était avocat au sein du cabinet Neuman, MacLean de Winnipeg. Lui et ses associés détenaient chacun 1 285,714 actions ordinaires de Newmac Services (1973) Ltd. («Newmac»), qui possédait des biens à usage commercial au centre-ville de Winnipeg, notamment les bureaux de Neuman, MacLean. L'appellant faisait fonction de secrétaire de Newmac. L'épouse de l'appellant, Ruby Neuman, ne participait pas aux affaires de Newmac.

Le 29 avril 1981, l'appellant a constitué Melru Ventures Inc. («Melru») en société de portefeuille familiale. Le juge Rothstein de la Cour fédérale,

1

2

3

Division found that Melru was incorporated for tax planning and income splitting purposes and that it had no other independent business purpose ([1994] 2 F.C. 154, at p. 160).

Section de première instance, a conclu que Melru avait été constituée en personne morale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu et qu'elle n'avait aucun autre objectif commercial indépendant ([1994] 2 C.F. 154, à la p. 160).

4 The capital structure of Melru provided for different classes of shares with different rights and privileges. The dividends were to be declared at the sole discretion of the directors; distributions could be done selectively among the various classes of shares. The rights and conditions of the Class "G" and "F" shares are as follows:

La structure du capital de Melru prévoyait différentes catégories d'actions assorties de divers droits et privilèges. La déclaration de dividendes était laissée à l'entière discrétion des administrateurs; les distributions pouvaient être faites sélectivement parmi les diverses catégories d'actions. Les conditions et droits suivants sont rattachés aux actions des catégories «F» et «G»:

[TRADUCTION]

(a) the holders of Class "G" shares shall in each year, in the discretion of the directors, be entitled out of any or all profits or surplus available for dividends to non-cumulative dividends at such rate as may from time to time be declared on any such shares but not exceeding the equivalent of 1% per annum on "redemption price" above the maximum prime bank rates. . . .

a) les détenteurs d'actions de catégorie «G» ont droit chaque année, à la discrétion des administrateurs, à des dividendes non cumulatifs versables sur la totalité ou une partie des bénéfices ou des surplus disponibles aux fins du versement de dividendes à un taux qui, à l'occasion, peut être déclaré sur ces actions, mais qui ne dépasse pas l'équivalent de 1 pour 100 par année sur le «prix de rachat» en sus du plus élevé des taux bancaires préférentiels . . .

(e) all dividends paid or declared and set aside for payment in any fiscal year, after making payments on Class "G" shares and preference shares of dividends declared shall be paid firstly on Class "F" shares until dividends aggregating 1¢ per share on the Class "F" shares then outstanding have been paid and then any additional dividends shall be set aside for payment on common shares until the common shares then outstanding shall have received 1¢ per share and any additional dividends shall be paid on Class "F" shares until they receive that fraction of profits properly available for payment of dividends as the number of Class "F" shares then outstanding bear to the total number of Class "F" shares and common shares then outstanding and the balance shall in the discretion of the directors be paid on common shares or set aside for future payment on common shares at the discretion of the board of directors.

e) tous les dividendes versés ou déclarés et mis de côté aux fins du versement dans un exercice financier, après le versement des dividendes à l'égard des actions de catégorie «G» et des actions privilégiées, sont en premier versés à l'égard des actions de catégorie «F» jusqu'à ce que des dividendes totalisant 0,01 \$ l'action sur les actions de catégorie «F» alors en circulation, aient été versés et, par la suite, tous les dividendes additionnels sont mis de côté en vue d'être versés à l'égard des actions ordinaires jusqu'à ce que 0,01 \$ ait été versé pour chaque action ordinaire alors en circulation; tous les dividendes additionnels sont versés sur les actions de catégorie «F» jusqu'à ce qu'elles aient reçu la fraction des bénéfices qui est dûment disponible aux fins du versement de dividendes selon la part que les actions de catégorie «F» alors en circulation représentent du total des actions de catégorie «F» et des actions ordinaires alors en circulation. Le solde est, à la discrétion des administrateurs, versé sur les actions ordinaires ou mis de côté aux fins du versement à une date ultérieure sur les actions ordinaires à la discrétion du conseil d'administration.

Pursuant to an agreement dated April 29, 1981, the appellant sold his shares in Newmac to Melru for 1,285,714 Class "G" shares of Melru. The shares were sold on a tax-deferred basis pursuant to s. 85(1) of the *ITA* and they were described as having a fair market value of \$120,000. On May 1, 1981, a meeting of the first director was held at which the appellant was appointed president and Ruby Neuman was appointed secretary. One voting common share of Melru was issued to the appellant for \$1. A special general meeting of the shareholders was held that same day at which the appellant resigned as first director and was elected director of Melru until the first annual meeting of the corporation. Ruby Neuman acted as secretary at this meeting. That same day there was a meeting of the board of directors which the appellant chaired. A resolution was passed authorizing the issue of 1,285,714 Class "G" shares to the appellant in accordance with the agreement of sale. A second resolution was passed authorizing the issue of 99 non-voting Class "F" shares to Ruby Neuman at \$1 per share.

The first annual meeting of shareholders was held on August 12, 1982. Ruby Neuman was elected sole director of Melru and the appellant and Ruby Neuman were appointed as officers.

In 1982, Melru received \$20,000 in dividends on the Newmac shares. These were the first dividends paid on the Newmac shares. A board of directors meeting was held on September 8, 1982 at which time Ruby Neuman declared a dividend in the amount of \$5,000 to be paid on the Class "G" shares and another dividend of \$14,800 to be paid on the Class "F" shares. The minutes indicate that the holder of the common shares (i.e., the appellant) was prepared to have money set aside for future payment on his shares.

5
Conformément à un contrat en date du 29 avril 1981, l'appelant a vendu ses actions de Newmac en échange de 1 285,714 actions de catégorie «G» de Melru. Les actions ont été vendues selon une formule d'impôt différé conformément au par. 85(1) de la *LIR* et leur juste valeur marchande a été fixée à 120 000 \$. Le 1^{er} mai 1981, le premier administrateur a tenu une assemblée au cours de laquelle l'appelant a été nommé président, et Ruby Neuman, secrétaire. Une action ordinaire de Melru assortie d'un droit de vote a été émise à l'appelant pour la somme de 1 \$. Au cours d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires tenue le même jour, l'appelant a démissionné de son poste de premier administrateur et a été élu administrateur de Melru jusqu'à la première assemblée générale annuelle de la société. Ruby Neuman faisait fonction de secrétaire lors de cette assemblée. Le même jour, il y a eu une réunion du conseil d'administration présidée par l'appelant. Une résolution a été adoptée pour autoriser l'émission de 1 285,714 actions de catégorie «G» à l'appelant conformément au contrat de vente. Une seconde résolution a été adoptée autorisant l'émission de 99 actions de catégorie «F», sans droit de vote, à Ruby Neuman au prix de 1 \$ l'action.

6
Lors de la première assemblée annuelle des actionnaires tenue le 12 août 1982, Ruby Neuman a été élue seule administratrice de Melru, et l'appelant et Ruby Neuman ont été nommés dirigeants.

7
En 1982, Melru a touché des dividendes de 20 000 \$ sur les actions de Newmac. C'étaient les premiers dividendes versés sur les actions de Newmac. Le 8 septembre 1982, le conseil d'administration a tenu une réunion au cours de laquelle Ruby Neuman a déclaré un dividende de 5 000 \$ payable sur les actions de catégorie «G», et un autre dividende de 14 800 \$ payable sur les actions de catégorie «F». Le procès-verbal révèle que le détenteur des actions ordinaires (c'est-à-dire l'appelant) était disposé à ce qu'une somme soit mise de côté en vue d'un paiement ultérieur à l'égard de ses actions.

8 Ruby Neuman immediately loaned \$14,800 to the appellant and she received in return a demand promissory note as security. Ruby Neuman died in 1988. The loan was not repaid.

9 Rothstein J. made the following relevant findings of fact (at pp. 160-61):

1. The dividends declared by Ruby Neuman on her own Class "F" shares and the appellant's Class "G" shares were declared pursuant to a discretionary dividend clause in the Articles of Incorporation of Melru. The dividends of \$14,800 on the "F" shares and \$5,000 on the "G" shares were arbitrary numbers.
2. Ruby Neuman made no contribution to Melru, nor did she assume any risks for the company.
3. The appellant's evidence was that when his wife was elected director of Melru, he explained to her the duties of a director, that directors manage the corporation, that they have a duty to the corporation, and that they make the decisions. The appellant said that he made recommendations to his wife which she accepted but that the decision as to the declaration of dividends was hers.

10 The dividend income paid to Ruby Neuman in 1982 was attributed to the appellant as being a payment or transfer of property made pursuant to the direction of or with the concurrence of the appellant as described in s. 56(2) of the *ITA* and he was assessed tax on this income.

11 The appellant appealed his 1982 assessment to the Tax Court of Canada and in 1992 the assessment was vacated: [1992] 2 C.T.C. 2074. (Proceedings had been delayed pending the final determination in *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020.) The respondent appealed to the Federal Court, Trial Division without success, but a further appeal to the Federal Court of Appeal was successful: [1997] 1 F.C. 79.

Ruby Neuman a immédiatement consenti à l'appelant un prêt de 14 800 \$ garanti par un billet à demande. Ruby Neuman est décédée en 1988. Le prêt n'a pas été remboursé.

Le juge Rothstein a tiré les conclusions de fait pertinentes suivantes (aux pp. 160 et 161):

1. La déclaration de dividendes par Ruby Neuman sur ses propres actions de catégorie «F» et sur les actions de catégorie «G» de l'appelant était conforme à la clause de dividendes discrétionnaires énoncée dans les statuts constitutifs de Melru. Les dividendes de 14 800 \$ sur les actions de catégorie «F» et de 5 000 \$ sur les actions de catégorie «G» étaient des montants arbitraires.
2. Ruby Neuman n'a fourni aucun apport à Melru, ni assumé de risques pour le compte de la société.
3. L'appelant a témoigné que, lorsque son épouse a été élue administratrice de Melru, il lui a expliqué en quoi consistaient ses devoirs, à savoir gérer la société, respecter son obligation envers celle-ci et prendre les décisions. L'appelant a indiqué qu'il avait fait à son épouse des recommandations qu'elle a suivies, et que la décision de déclarer des dividendes était toutefois celle de son épouse.

Le revenu de dividendes versé à Ruby Neuman en 1982 a été attribué à l'appelant comme paiement ou transfert de biens fait suivant les instructions ou avec l'accord de l'appelant, tel que prévu au par. 56(2) de la *LIR*, et il a été imposé sur ce revenu.

L'appelant a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt contre sa cotisation de 1982, qui a été annulée en 1992: [1992] 2 C.T.C. 2074. (Les procédures avaient été différées jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue dans l'affaire *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020.) L'intimée a interjeté, sans succès, un appel devant la Cour fédérale, Section de première instance, mais a obtenu gain de cause devant la Cour d'appel fédérale: [1997] 1 C.F. 79.

2. Judicial History

A. *Tax Court of Canada*

Sarchuk T.C.C.J. allowed the appellant's appeal and referred the assessment back to the respondent for reconsideration on the basis that the dividend income received by Ruby Neuman was not to be included in the appellant's income under s. 56(2). In reaching this conclusion, he relied on the opinion expressed by this Court in *McClurg* that as a general rule s. 56(2) does not apply to dividend income. Sarchuk T.C.C.J. acknowledged Dickson C.J.'s *obiter dicta* in *McClurg* (at p. 1054):

... if a distinction is to be drawn in the application of s. 56(2) between arm's length and non-arm's length transactions, it should be made between the exercise of a discretionary power to distribute dividends when the non-arm's length shareholder has made no contribution to the company (in which case s. 56(2) may be applicable), and those cases in which a legitimate contribution has been made.

However, Sarchuk T.C.C.J. was of the view that since this comment was *obiter* he was not bound by it. In his opinion, the Court had left open the question of the applicability of s. 56(2) to non-arm's length transactions and the possibility of piercing the corporate veil to stop complex tax avoidance schemes. However, the case at bar, in his view, did not warrant this action. Although there were facts that would support the attribution of the income back to the appellant, the plan could not be described as a "blatant tax avoidance scheme" (p. 2085).

B. *Federal Court of Canada, Trial Division*

Rothstein J. dismissed the appeal from the decision of the Tax Court on the grounds that s. 56(2) was not designed to prevent income splitting in the context of the director-shareholder relationship.

2. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour canadienne de l'impôt*

Le juge Sarchuk a accueilli l'appel de l'appellant et renvoyé la cotisation à l'intimée pour qu'elle procède à un nouvel examen fondé sur le fait que le revenu de dividendes touché par Ruby Neuman ne devait pas être inclus dans le revenu de l'appellant en vertu du par. 56(2). Pour tirer cette conclusion, il s'est appuyé sur l'opinion exprimée par notre Cour dans *McClurg*, selon laquelle le par. 56(2) ne s'applique pas, en général, aux revenus de dividendes. Le juge Sarchuk a fait état de l'opinion incidente exprimée par le juge en chef Dickson dans *McClurg* (à la p. 1054):

... si une distinction s'impose dans l'application du par. 56(2) entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, il faut la faire entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsque l'actionnaire ayant un lien de dépendance n'a fourni aucun apport à la société (auquel cas le par. 56(2) peut s'appliquer) et les cas où un apport légitime a été fourni.

Cependant, le juge Sarchuk était d'avis que, parce qu'il s'agissait d'une observation incidente, il n'était pas lié par celle-ci. Selon lui, notre Cour n'avait pas résolu la question de l'applicabilité du par. 56(2) aux opérations effectuées avec lien de dépendance et avait maintenu la possibilité de percer le voile de la personnalité morale dans le but d'enrayer des stratagèmes complexes d'évitement fiscal. Cependant, il a estimé que la présente affaire ne justifiait pas une telle mesure. Même s'il y avait des faits à l'appui d'une attribution du revenu à l'appellant, le plan ne pouvait pas être qualifié de [TRADUCTION] «stratagème manifeste d'évitement fiscal» (p. 2085).

B. *Cour fédérale du Canada, Section de première instance*

Le juge Rothstein a rejeté l'appel contre la décision de la Cour canadienne de l'impôt, pour le motif que le par. 56(2) n'était pas conçu pour empêcher le fractionnement du revenu dans le contexte de la relation administrateur-actionnaire.

12

13

14

15 He first considered whether Ruby Neuman, in declaring the dividend, was acting under the direction or with the concurrence of the appellant. Rothstein J. said he was “reluctant to presume that Ruby Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the [appellant] when she, as director, declared dividends on behalf of Melru” (p. 162). Although this would determine the appeal, this point was not pressed by the parties, and Rothstein J. did not decide the case on this point.

16 Rothstein J. went on to consider this Court’s holding in *McClurg*; the *McClurg* decision was critical to the outcome of the case at bar since the only material difference between the facts, in Rothstein J.’s view, is that Ruby Neuman made no contribution to Melru while Wilma McClurg did make contributions to the corporation from which she received dividend income.

17 Applying *McClurg*, Rothstein J. concluded that the declaration of dividends pursuant to the discretionary dividend clause was valid and he then went on to consider the tax law issue. Rothstein J. noted that in *McClurg* Dickson C.J. recognized two prerequisites to the application of s. 56(2): that the dividend income would otherwise have been obtained by the reassessed taxpayer, and that the payment must be a “benefit” for which there was no adequate consideration. Dickson C.J. concluded that s. 56(2) did not generally apply to dividends since the reassessed taxpayer would not have received the money if it had not been paid to the shareholder because it would have been retained as earnings by the company. Dickson C.J. also concluded that, on the facts in *McClurg*, the dividend income received by Wilma McClurg was consideration for the significant contribution which she made to the corporation; the dividend received by her was not, therefore, a “benefit”.

18 Rothstein J. concluded that Dickson C.J. had not intended to dispose of the *McClurg* case on the basis of Wilma McClurg’s contributions to the corporation; rather, his comments about her contribu-

Il s’est d’abord demandé si, en déclarant le dividende, Ruby Neuman avait agi suivant les instructions ou avec l’accord de l’appellant. Le juge Rothstein a affirmé qu’il «hésit[ait] à présumer que Ruby Neuman agissait suivant les instructions ou avec l’accord [de l’appellant] lorsqu’à titre d’administratrice, elle a déclaré des dividendes pour le compte de Melru» (p. 162). Même si cela était déterminant quant à l’appel, les parties n’ont pas insisté sur ce point et le juge Rothstein n’a pas tranché l’affaire en fonction de celui-ci.

Le juge Rothstein a ensuite examiné l’arrêt *McClurg* de notre Cour; cet arrêt était crucial quant à l’issue de la présente affaire étant donné que la seule différence pertinente dans les faits était, selon le juge Rothstein, que Ruby Neuman n’avait fourni aucun apport à Melru, alors que Wilma McClurg avait réellement fourni un apport à la société qui lui avait versé un revenu de dividendes.

Appliquant l’arrêt *McClurg*, le juge Rothstein a conclu que la déclaration de dividendes faite conformément à la clause de dividendes discrétionnaires était valide, et il s’est ensuite penché sur la question de droit fiscal. Il a souligné que, dans *McClurg*, le juge en chef Dickson a reconnu deux conditions d’application du par. 56(2), à savoir que le revenu de dividendes aurait autrement été touché par le contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie et que le paiement doit être un «avantage» pour lequel il n’y a eu aucune contrepartie suffisante. Le juge en chef Dickson a statué qu’en général le par. 56(2) ne s’appliquait pas aux dividendes étant donné que le contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie n’aurait pas touché ce montant s’il n’avait pas été versé à l’actionnaire, parce qu’il aurait fait partie des bénéfices non distribués de la société. Le juge en chef Dickson a aussi conclu que, d’après les faits de l’arrêt *McClurg*, Wilma McClurg avait touché le revenu de dividendes en contrepartie de son apport important à la société; le dividende qu’elle avait reçu n’était donc pas un «avantage».

Le juge Rothstein a conclu que le juge en chef Dickson n’avait pas voulu trancher l’affaire *McClurg* en fonction des apports de Wilma McClurg à la société; ses observations concernant

tions were intended to address the third precondition to the application of s. 56(2) articulated in the provision itself, i.e., was the money “for the benefit of the taxpayer or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person”?

Rothstein J. proceeded to consider Dickson C.J.’s suggested exception to the general rule that s. 56(2) does not apply to dividend income. Rothstein J. recognized that this Court did not determine in *McClurg* whether a distinction can be made between non-arm’s length and arm’s length transactions because in *McClurg* the recipient of the dividend made a legitimate contribution to the company; therefore the dividend did not constitute a benefit to Wilma McClurg and s. 56(2) could not apply for that reason.

The problem faced by Rothstein J. was whether, on the facts before him, where Ruby Neuman had made no contribution to the company and the receipt of the dividend was thus a “benefit” to her, a distinction must be drawn between non-arm’s length and arm’s length transactions. He concluded, relying on Urie J.’s ruling in the Federal Court of Appeal in *McClurg*, [1988] 2 F.C. 356 (which ruling had not been overturned by the reasons of Dickson C.J.), that there is nothing in s. 56(2) which contemplates a distinction between non-arm’s length and arm’s length transactions. Rothstein J. noted that this Court found, in more general terms, that there was no distinction between arm’s length and non-arm’s length transactions (*Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536).

Having found that a distinction cannot be drawn between non-arm’s length and arm’s length transactions in the application of s. 56(2), Rothstein J. decided that he need not consider whether a dividend payment is a benefit for the purposes of

les apports de Wilma McClurg visaient plutôt la troisième condition d’application du par. 56(2), énoncée dans la disposition même, à savoir si le montant était versé «au profit du contribuable ou à titre d’avantage que le contribuable désirait voir accorder à l’autre personne».

Le juge Rothstein a ensuite examiné l’exception à la règle générale, proposée par le juge en chef Dickson et voulant que le par. 56(2) ne s’applique pas aux revenus de dividendes. Il a reconnu que notre Cour n’a pas déterminé, dans *McClurg*, si une distinction peut être faite entre les opérations effectuées avec lien de dépendance et celles effectuées sans lien de dépendance, parce que, dans *McClurg*, le bénéficiaire du dividende avait fourni un apport légitime à la société; par conséquent, le dividende ne constituait pas un avantage pour Wilma McClurg et, pour ce motif, le par. 56(2) ne pouvait pas s’appliquer.

Le problème qui se posait au juge Rothstein était de savoir si, d’après les faits qui lui étaient soumis, selon lesquels Ruby Neuman n’avait fourni aucun apport à la société et le dividende qu’elle avait reçu constituait donc un «avantage» pour elle, une distinction devait être faite entre les opérations effectuées avec lien de dépendance et celles effectuées sans lien de dépendance. S’appuyant sur la décision du juge Urie de la Cour d’appel fédérale dans *McClurg*, [1988] 2 C.F. 356 (laquelle décision n’avait pas été écartée par les motifs du juge en chef Dickson), il a conclu que le par. 56(2) ne prévoit nullement l’établissement d’une distinction entre les opérations effectuées avec lien de dépendance et celles effectuées sans lien de dépendance. Le juge Rothstein a fait remarquer que notre Cour avait conclu, de manière plus générale, qu’il n’y avait aucune distinction entre les opérations effectuées sans lien de dépendance et celles effectuées avec lien de dépendance (*Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536).

Après avoir décidé qu’on ne peut pas établir une distinction entre les opérations effectuées avec lien de dépendance et celles effectuées sans lien de dépendance aux fins de l’application du par. 56(2), le juge Rothstein a statué qu’il n’avait pas à exami-

19

20

21

s. 56(2) where the recipient did not make a contribution to the corporation.

22 Rothstein J. noted that there is nothing in the *ITA* which suggests an overall intention to prevent income splitting; an income splitting transaction must actually violate a section of the *ITA* in order for the Minister to challenge it.

23 In the absence of sham, and with all corporate formalities having been observed, Rothstein J. held that the transaction was valid and he dismissed the appeal.

C. Federal Court of Appeal

24 The Federal Court of Appeal allowed the respondent's appeal and held that the appellant was taxable on the dividend income received by Ruby Neuman. The court held that the *dictum* of Dickson C.J. in *McClurg* regarding the possible application of s. 56(2) in non-arm's length transactions was binding on the Trial Division. The court relied, in reaching its conclusion, on the fact that the incorporation of Melru and the declaration of the dividend to Ruby Neuman had no *bona fide* business purpose and lacked commercial reality. In reaching its conclusion, the court essentially pierced the corporate veil.

25 The court was of the view that the respondent had satisfied the four elements necessary to invoke s. 56(2): (1) payment or transfer made to a person other than the taxpayer; (2) made at the direction of or with the concurrence of the taxpayer; (3) for the taxpayer's benefit; and (4) the payment would have otherwise been included in the taxpayer's income.

26 More specifically, the court found that Ruby Neuman was acting with the concurrence of the appellant when she declared the dividends. The court also held that the payment of the dividend was "for the benefit of the taxpayer" as required by s. 56(2). The appellant benefited through a reduc-

ner si un versement de dividendes est un avantage aux fins du par. 56(2) lorsque le bénéficiaire n'a fourni aucun apport à la société.

Le juge Rothstein a noté que rien dans la *LIR* n'indique une intention générale d'interdire le fractionnement du revenu; une opération ayant pour résultat de fractionner le revenu doit vraiment contrevenir à un article de la *LIR* pour que le Ministre puisse la contester.

En l'absence de trompe-l'œil et étant donné que toutes les formalités propres aux sociétés avaient été respectées, le juge Rothstein a conclu que l'opération était valide et a rejeté l'appel.

C. Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de l'intimée et a statué que l'appelant était imposable sur le revenu de dividendes touché par Ruby Neuman. La cour a statué que la Section de première instance était liée par l'opinion incidente du juge en chef Dickson, dans *McClurg*, quant à la possibilité que le par. 56(2) s'applique aux opérations effectuées avec lien de dépendance. Pour tirer sa conclusion, la cour s'est appuyée sur le fait que la constitution en personne morale de Melru et la déclaration du dividende en faveur de Ruby Neuman ne visaient aucun objectif d'affaires normal et ne correspondaient pas à une réalité commerciale. En tirant cette conclusion, la cour perçait essentiellement le voile de la personnalité morale.

La cour était d'avis que l'intimée avait satisfait aux quatre conditions nécessaires pour invoquer le par. 56(2): (1) un paiement ou transfert à une autre personne que le contribuable, (2) fait suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable, (3) au profit du contribuable, et (4) le paiement aurait autrement été inclus dans le revenu du contribuable.

Plus précisément, la cour a conclu que Ruby Neuman agissait avec l'accord de l'appelant lorsqu'elle a déclaré les dividendes. La cour a également statué que le versement des dividendes avait été fait «au profit du contribuable», comme l'exige le par. 56(2). L'appelant a profité d'un allègement

tion in his own tax liability; he benefited a second time by having his wife lend him the money interest-free. In addition, the court found that the property would have been included in the appellant's income had it been received by him and not Ruby Neuman by operation of ss. 12(1)(j) and 82(1) of the *ITA*.

Next the court had to deal with this Court's ruling in *McClurg* that s. 56(2) does not generally apply to dividend income because the reassessed taxpayer would not have received that money had it not been paid to the shareholder. In order to overcome that general rule, the court invoked the exception to the rule recognized by Dickson C.J. in *obiter* in *McClurg*: that where a non-arm's length shareholder does not make a legitimate contribution to the corporation, a person who directed or concurred in the payment of a dividend to that shareholder could be assessed for taxes on the amount of the dividend under s. 56(2). The court concluded (at p. 111) that the recognition by Dickson C.J. of this possible exception to the rule is binding on courts as it represents the "considered opinion of a majority" of the Supreme Court of Canada.

The court then found that the facts before them fit within the exception detailed in *McClurg*. Unlike Wilma McClurg, Ruby Neuman had made no contribution to Melru, a company which was incorporated solely for tax planning and income splitting purposes. The court found that applying s. 56(2) "would not be contrary to the commercial reality of the declaration of the dividend to Ruby Neuman, since there was none" (p. 105).

The appellant argued that the court should apply *Winter v. Canada*, [1991] 1 F.C. 585 (C.A.), which stands for the proposition that there is a fifth precondition to the application of s. 56(2) which requires proof that the payee would not be subject to tax on the dividend income. The court declined

de ses propres obligations fiscales; il a aussi profité du prêt sans intérêt qu'il s'est fait consentir par son épouse. En outre, la cour a décidé que le bien aurait été inclus dans le revenu de l'appelant si c'était lui qui l'avait reçu et non Ruby Neuman, en application de l'al. 12(1)(j) et du par. 82(1) de la *LIR*.

La cour devait ensuite se pencher sur l'arrêt *McClurg*, où notre Cour a statué que le par. 56(2) ne s'applique pas, en général, à un revenu de dividendes parce que le contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie n'aurait pas reçu ce montant s'il n'avait pas été versé à l'actionnaire. Dans le but de contourner cette règle générale, la cour a invoqué l'exception à la règle que le juge en chef Dickson a reconnue dans l'opinion incidente qu'il a exprimée dans *McClurg*: lorsqu'un actionnaire ayant un lien de dépendance ne fournit aucun apport légitime à la société, la personne qui a donné des instructions ou son accord pour que des dividendes soient versés à cet actionnaire peut être imposée sur le montant de ces dividendes en vertu du par. 56(2). La cour a conclu (à la p. 111) que la reconnaissance par le juge en chef Dickson de cette exception possible à la règle lie les tribunaux parce qu'elle représente «l'opinion réfléchie de la majorité» de la Cour suprême du Canada.

La cour a ensuite conclu que les faits qui lui avaient été soumis concordaient avec l'exception définie par l'arrêt *McClurg*. Contrairement à Wilma McClurg, Ruby Neuman n'avait fourni aucun apport à Melru, qui n'avait été constituée en société qu'à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu. La cour a statué que l'application du par. 56(2) «ne serait pas contraire à la réalité commerciale de la déclaration du dividende à Ruby Neuman, étant donné que cette réalité est inexistante» (p. 105).

L'appelant a allégué que la cour devrait appliquer l'arrêt *Winter c. Canada*, [1991] 1 C.F. 585 (C.A.), selon lequel il y aurait une cinquième condition d'application du par. 56(2) exigeant la preuve que le bénéficiaire ne serait pas imposable sur le revenu de dividendes. La cour a refusé de

27

28

29

to find that there was a fifth pre-condition to the application of s. 56(2).

30 As a result, the Federal Court of Appeal allowed the appeal and affirmed the Minister's assessment attributing the dividend income received by Ruby Neuman to the appellant.

3. Issues

31 The central question raised by this appeal is whether the dividend income received by Ruby Neuman should be attributed to the appellant for tax purposes under s. 56(2) of the *ITA*. Section 56(2) provides:

56. . . .

(2) A payment or transfer of property made pursuant to the direction of, or with the concurrence of, a taxpayer to some other person for the benefit of the taxpayer or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person shall be included in computing the taxpayer's income to the extent that it would be if the payment or transfer had been made to him.

32 In order for s. 56(2) to apply, four preconditions, each of which is detailed in the language of the s. 56(2) itself, must be present:

(1) the payment must be to a person other than the reassessed taxpayer;

(2) the allocation must be at the direction or with the concurrence of the reassessed taxpayer;

(3) the payment must be for the benefit of the reassessed taxpayer or for the benefit of another person whom the reassessed taxpayer wished to benefit; and

(4) the payment would have been included in the reassessed taxpayer's income if it had been received by him or her.

I agree that these four prerequisites to attribution are an appropriate analytical framework for the interpretation of s. 56(2) (see *Cattanach J.* in both

conclure qu'il existait une cinquième condition d'application du par. 56(2).

En définitive, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel et confirmé la cotisation du Ministre attribuant à l'appellant le revenu de dividendes touché par Ruby Neuman.

3. Questions en litige

La question centrale soulevée par le présent pourvoi est de savoir si le revenu de dividendes touché par Ruby Neuman devrait être attribué à l'appellant pour fins d'impôt en vertu du par. 56(2) de la *LIR*. Le paragraphe 56(2) se lit ainsi:

56. . . .

(2) Tout paiement ou transfert de biens fait, suivant les instructions ou avec l'accord d'un contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable ou à titre d'avantage que le contribuable désirait voir accorder à l'autre personne, doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou transfert avait été fait au contribuable.

Le paragraphe 56(2) énonce dans son libellé même les quatre conditions préalables à son application:

(1) le paiement doit être fait à une autre personne que le contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie;

(2) la répartition doit être faite suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie;

(3) le paiement doit être fait au profit du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie ou à une autre personne à titre d'avantage que ce contribuable souhaitait voir accorder à cette autre personne;

(4) le paiement aurait été inclus dans le revenu du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie si ce dernier l'avait reçu lui-même.

Je suis d'accord pour dire que ces quatre conditions préalables à l'attribution constituent un cadre analytique approprié pour interpréter le par. 56(2)

Murphy v. The Queen, 80 D.T.C. 6314 (F.C.T.D.), at pp. 6317-18, and in *Fraser Companies, Ltd. v. The Queen*, 81 D.T.C. 5051 (F.C.T.D.), at p. 5058).

Because I conclude that s. 56(2) does not apply to dividend income since dividend income, by its very nature, cannot satisfy the fourth precondition absent a sham or other subterfuge, it is not necessary to discuss the other three prerequisites to the application of s. 56(2).

4. Analysis

A. *Introduction.*

As the judicial history of this appeal reveals, the interpretation of this Court's majority decision in *McClurg* lies at the heart of the present case. This Court held in *McClurg* that generally s. 56(2) will not apply to dividend income. However, Dickson C.J. suggested in *obiter* in *McClurg* that s. 56(2) may apply where dividend income is distributed through the exercise of a discretionary power to a non-arm's length shareholder who has made no legitimate contribution to the company (at p. 1054). The Federal Court of Appeal felt bound by the potential exception articulated by Dickson C.J. in *obiter* since the facts in the present case were similar to the facts in *McClurg* with the only material difference being that Ruby Neuman, unlike Wilma McClurg, had not made any contribution to the corporation.

A large part of my analysis will involve a review of the holdings in *McClurg*. Before I turn to *McClurg*, however, I wish to make some observations to place the present debate into its proper perspective. First, s. 56(2) strives to prevent tax avoidance through income splitting; however, it is a specific tax avoidance provision and not a general provision against income splitting. In fact, "there is no general scheme to prevent income

(voir le juge Cattanach à la fois dans *Murphy c. The Queen*, 80 D.T.C. 6314 (C.F. 1^{re} inst.), aux pp. 6317 et 6318, et dans *Fraser Companies, Ltd. c. The Queen*, 81 D.T.C. 5051 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 5058).

Étant donné ma conclusion que le par. 56(2) ne s'applique pas à un revenu de dividendes parce que, de par sa nature même, le revenu de dividendes ne satisfait pas à la quatrième condition préalable en l'absence d'un trompe-l'œil ou d'un autre subterfuge, il n'est pas nécessaire d'analyser les trois autres conditions d'application du par. 56(2).

4. Analyse

A. *Introduction*

Comme l'historique judiciaire du présent pourvoi le révèle, l'interprétation de l'arrêt majoritaire *McClurg* de notre Cour est au cœur de la présente affaire. Dans *McClurg*, notre Cour a statué que le par. 56(2) ne s'applique pas, en général, aux revenus de dividendes. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson a toutefois affirmé, dans une opinion incidente, que le par. 56(2) peut s'appliquer lorsque le revenu de dividendes est distribué, au moyen de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, à un actionnaire ayant un lien de dépendance qui n'a fourni aucun apport légitime à la société (à la p. 1054). La Cour d'appel fédérale s'est sentie liée par l'exception potentielle énoncée dans l'opinion incidente du juge en chef Dickson, parce que les faits de la présente affaire et ceux de *McClurg* étaient similaires, avec cette seule différence importante que Ruby Neuman, contrairement à Wilma McClurg, n'avait fourni aucun apport à la société.

Une grande partie de mon analyse sera consacrée à l'examen des conclusions tirées dans *McClurg*. Mais avant de passer à cet arrêt, je tiens à faire quelques observations pour bien situer le présent débat dans son contexte. Premièrement, le par. 56(2) vise à empêcher l'évitement fiscal au moyen du fractionnement du revenu; il s'agit cependant d'une disposition particulière relative à l'évitement fiscal, et non d'une disposition géné-

33

34

35

splitting” in the *ITA* (V. Krishna and J. A. Van Duzer, “Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*” (1992-93), 21 *Can. Bus. L.J.* 335, at p. 367). Section 56(2) can only operate to prevent income splitting where the four preconditions to its application are specifically met.

36 Second, this case concerns income received by Ruby Neuman during the 1982 taxation year at which time the *ITA* did not provide specific guidelines to deal with corporate structures designed for the purposes of income splitting and tax minimization. Professor V. Krishna, in an article entitled “Share Capital Structure of Closely-Held Private Corporations” (1996), 7 *Can. Curr. Tax* 7, at p. 9, made the following comment with respect to income splitting in the corporate context:

Except when specifically curtailed by the *Income Tax Act* (for example, by the attribution rules), income splitting *per se* is not a sanctioned arrangement. Thus, corporate structures that facilitate income splitting in private companies should not be penalized without clear statutory language and intent. [Emphasis added.]

Parliament has since fashioned legislation to regulate corporate income splitting (s. 74.4 of the *ITA*, introduced in 1985), but this legislation does not apply to the present appeal.

37 Third, this appeal is limited to the interpretation and application of s. 56(2) of the *ITA*; the appeal is not based on the general anti-avoidance rule set out in s. 245 of the *ITA* (“GAAR”). GAAR came into force on September 13, 1988 and it applies only to transactions entered into on or after that date.

38 Fourth, the respondent has not argued that the appellant was involved in a sham or an artificial

rale interdisant le fractionnement du revenu. En fait, dans la *LIR*, [TRADUCTION] «aucun mécanisme général n’empêche le fractionnement du revenu» (V. Krishna et J. A. Van Duzer, «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*» (1992-93), 21 *Can. Bus. L.J.* 335, à la p. 367). Le paragraphe 56(2) ne peut s’appliquer pour empêcher le fractionnement du revenu que lorsque les quatre conditions préalables à son application sont précisément remplies.

Deuxièmement, la présente affaire concerne un revenu touché par Ruby Neuman au cours de l’année d’imposition 1982, à l’époque où la *LIR* ne comportait aucune ligne directrice particulière concernant les structures de société conçues pour fractionner un revenu et réduire au minimum l’imposition. Dans un article intitulé «Share Capital Structure of Closely-Held Private Corporations» (1996), 7 *Can. Curr. Tax* 7, à la p. 9, le professeur V. Krishna a fait le commentaire suivant au sujet du fractionnement du revenu dans le contexte d’une société:

[TRADUCTION] Sauf lorsqu’il est expressément restreint par la *Loi de l’impôt sur le revenu* (par exemple, par les règles d’attribution), le fractionnement du revenu comme tel n’est pas sanctionné. Ainsi, les structures de société qui facilitent le fractionnement du revenu de compagnies privées ne devraient pas être pénalisées en l’absence d’un texte et d’une intention clairs du législateur. [Je souligne.]

Le législateur a depuis conçu une mesure législative destinée à régir le fractionnement de revenu d’une société (art. 74.4 de la *LIR*, adopté en 1985), mais cette mesure législative ne s’applique pas au présent pourvoi.

Troisièmement, le présent pourvoi se limite à l’interprétation et à l’application du par. 56(2) de la *LIR*; il ne se fonde pas sur la règle générale anti-évitement énoncée à l’art. 245 de la *LIR* («RGAÉ»). La RGAÉ est entrée en vigueur le 13 septembre 1988 et elle ne s’applique qu’aux opérations conclues à cette date ou après cette date.

Quatrièmement, l’intimée n’a pas fait valoir que l’appellant était impliqué dans un trompe-l’œil ou

transaction and this was acknowledged by counsel for the respondent during the hearing.

Finally, it is important to remember that this Court held unanimously in *Stubart*, *supra*, at p. 575, that a transaction should not be disregarded for tax purposes because it has no independent or *bona fide* business purpose (Estey J. wrote for himself and Beetz and McIntyre JJ.; Wilson J. wrote concurring reasons for herself and Ritchie J.). Thus, taxpayers can arrange their affairs in a particular way for the sole purpose of deliberately availing themselves of tax reduction devices in the *ITA*. Estey J. rejected the suggestion that a distinction must be drawn between non-arm's length and arm's length transactions in the application of this principle (at pp. 570-72). According to *Stubart*, therefore, non-arm's length arrangements can also be created for the sole purpose of taking advantage of tax reduction devices.

With these points in mind, I now turn to the decision of the Court in *McClurg*.

B. McClurg

McClurg involved a taxpayer and business associate who were the sole directors of a corporation which they had set up and in which they and their wives were shareholders. The corporation operated an International Harvester truck dealership. The capital structure of the corporation provided for three classes of shares with different rights and privileges: Class A shares were common, voting and participating shares; Class B shares were common, non-voting and participating where so authorized by the directors; and Class C shares were preferred non-voting shares. The dividends were to be declared at the sole discretion of the directors; distributions could be done selectively among the three classes of shares. Essentially, the

une opération factice, une prise de position qui a été confirmée par l'avocat de l'intimée au cours de l'audition.

39
Finalement, il importe de se rappeler que notre Cour a statué à l'unanimité dans l'arrêt *Stubart*, précité, à la p. 575, qu'une opération ne devait pas être écartée sur le plan fiscal parce qu'elle ne vise aucun but commercial distinct ou véritable (le juge Estey s'est exprimé en son propre nom et en celui des juges Beetz et McIntyre; le juge Wilson a écrit des motifs concordants auxquels le juge Ritchie a souscrit). Ainsi, les contribuables peuvent organiser leurs affaires d'une façon particulière dans le seul but de se prévaloir délibérément des mécanismes de réduction de l'impôt prévus dans la *LIR*. Le juge Estey a rejeté l'idée qu'en appliquant ce principe il faille établir une distinction entre les opérations effectuées avec lien de dépendance et celles effectuées sans lien de dépendance (aux pp. 570 à 572). Donc, selon *Stubart*, des arrangements où il y a lien de dépendance peuvent être pris dans le seul but de profiter des mécanismes de réduction de l'impôt.

40
Gardant ces points à l'esprit, je vais maintenant examiner l'arrêt *McClurg* de notre Cour.

B. L'arrêt McClurg

41
Dans l'arrêt *McClurg*, il était question d'un contribuable et de son associé qui étaient les seuls administrateurs d'une société qu'ils avaient créée et dont eux-mêmes et leurs épouses étaient actionnaires. La société exploitait une concession de camions International Harvester. La structure du capital de la société prévoyait trois catégories d'actions assorties de droits et de privilèges différents: les actions de catégorie A étaient des actions ordinaires avec droit de vote et participantes, les actions de catégorie B étaient des actions ordinaires sans droit de vote, mais participantes avec l'autorisation des administrateurs, et les actions de catégorie C étaient des actions privilégiées sans droit de vote. La déclaration de dividendes était laissée à l'entière discrétion des administrateurs; les distributions pouvaient être faites sélectivement parmi les trois catégories d'actions. La structure du

capital structure was designed to permit income splitting.

42 Jim McClurg and his associate held Class A and C shares whereas their wives held Class B shares. In 1978, 1979, and 1980 the wives of the directors each received \$100/share on their Class B shares: \$10,000/year. These were the only dividends declared in those years.

43 Wilma McClurg made legitimate contributions to the business. She exposed herself to extensive liability by assisting in the financing of the business. She also worked as an administrative assistant, drove a truck when necessary, and generally fulfilled needs as they arose.

44 The Minister reassessed Jim McClurg's income for 1978 to 1980 on the basis that \$8000 of the \$10,000 in dividends paid to his wife each year was attributable to him through the operation of s. 56(2). The Minister also challenged the validity of the discretionary dividend provision.

(i) The ratio in McClurg

45 Dickson C.J., writing for himself and Sopinka, Gonthier and Cory JJ. (Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. in dissent), first dealt with the issue of whether the discretionary dividend provision was valid as a matter of corporate law; he concluded that it was. He then turned to the tax issue and he held that the dividend income paid to Wilma McClurg was not attributable to her husband for income tax purposes through the operation of s. 56(2).

46 This Court concluded that, as a general rule, s. 56(2) does not apply to dividend income since, until a dividend is declared, the profits belong to the corporation as retained earnings. The declaration of a dividend cannot be said, therefore, to be a diversion of a benefit which the taxpayer would

capital était essentiellement conçue pour permettre le fractionnement du revenu.

Jim McClurg et son associé détenaient des actions des catégories A et C, alors que leurs épouses détenaient des actions de catégorie B. En 1978, 1979 et 1980, les épouses des administrateurs ont touché chacune 100 \$ l'action pour leurs actions de catégorie B: soit 10 000 \$ par année. Ces dividendes ont été les seuls déclarés au cours de ces années.

Wilma McClurg a fourni des apports légitimes à l'entreprise. Elle a assumé elle-même une responsabilité considérable en contribuant au financement de l'entreprise. Elle a aussi travaillé à titre d'adjointe administrative, a conduit un camion lorsque cela était nécessaire et, en général, a répondu aux besoins au fur et à mesure qu'ils se faisaient sentir.

Le Ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard du revenu de Jim McClurg pour les années d'imposition 1978 à 1980, en tenant pour acquis que 8 000 \$ des 10 000 \$ de dividendes versés à son épouse lui étaient attribuables en application du par. 56(2). Le Ministre a aussi contesté la validité de la clause de dividendes discrétionnaires.

(i) La ratio de l'arrêt McClurg

Le juge en chef Dickson, s'exprimant en son propre nom et en celui des juges Sopinka, Gonthier et Cory (les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé étant dissidents), a d'abord examiné la question de savoir si la clause de dividendes discrétionnaires était valide sur le plan du droit des sociétés; il a conclu par l'affirmative. Quant à la question fiscale, il a conclu que le revenu de dividendes versé à Wilma McClurg n'était pas attribuable à son époux aux fins de l'impôt sur le revenu en application du par. 56(2).

Notre Cour a statué que, en règle générale, le par. 56(2) ne s'applique pas aux revenus de dividendes étant donné que, jusqu'à ce qu'un dividende soit déclaré, les profits appartiennent à la société à titre de bénéfices non distribués. On ne saurait donc dire que la déclaration d'un dividende

have otherwise received (at p. 1052). Dickson C.J. explained the ruling as follows (at p. 1052):

While it is always open to the Courts to “pierce the corporate veil” in order to prevent parties from benefitting from increasingly complex and intricate tax avoidance techniques, in my view a dividend payment does not fall within the scope of s. 56(2). The purpose of s. 56(2) is to ensure that payments which otherwise would have been received by the taxpayer are not diverted to a third party as an anti-avoidance technique. This purpose is not frustrated because, in the corporate law context, until a dividend is declared, the profits belong to a corporation as a juridical person: [B. Welling, *Corporate Law in Canada* (1984), at pp. 609-10]. Had a dividend not been declared and paid to a third party, it would not otherwise have been received by the taxpayer. Rather, the amount simply would have been retained as earnings by the company. Consequently, as a general rule, a dividend payment cannot reasonably be considered a benefit diverted from a taxpayer to a third party within the contemplation of s. 56(2). [Emphasis added.]

Although not explicitly stated, Dickson C.J.’s preceding comments concern the fourth precondition to the application of s. 56(2): that the payment would have been included in the reassessed taxpayer’s income if it had been received by him or her. In essence, dividend income does not satisfy this prerequisite to attribution since the reassessed taxpayer would not have received the income had it not been paid to the shareholder. In effect, this Court implicitly interpreted the fourth precondition to include an entitlement requirement; entitlement is used in the sense that the reassessed taxpayer would have otherwise received the payments in dispute. This was correctly noted by Rothstein J. at the Federal Court, Trial Division in similar terms where he acknowledged that Dickson C.J. qualified the application of s. 56(2) by requiring that the

constitue un détournement d’un avantage dont le contribuable aurait autrement bénéficié (à la p. 1052). Le juge en chef Dickson a expliqué cette décision de la façon suivante (à la p. 1052):

Bien qu’il soit toujours loisible aux tribunaux de «percer le voile corporatif» afin d’empêcher les parties de profiter de techniques d’évitement fiscal de plus en plus complexes, je suis d’avis que le versement d’un dividende n’est pas visé par le par. 56(2). Ce dernier a pour objet d’assurer que les paiements qui auraient autrement été reçus par le contribuable ne soient pas détournés au profit d’un tiers comme technique d’évitement fiscal. Cet objet n’est pas contrecarré parce que, dans le contexte du droit des sociétés, les profits appartiennent à la société en sa qualité de personne juridique tant qu’un dividende n’est pas déclaré: [B. Welling, *Corporate Law in Canada* (1984), aux pp. 609 et 610]. Si aucun dividende n’avait été déclaré ni versé à un tiers, il n’aurait pas non plus été touché par le contribuable. Ce montant aurait plutôt simplement fait partie des bénéfices non distribués de la société. Par conséquent, en règle générale, le versement d’un dividende ne peut raisonnablement être considéré comme un avantage détourné par un contribuable en faveur d’un tiers au sens du par. 56(2). [Je souligne.]

Bien que cela n’ait pas été indiqué expressément, les observations du juge en chef Dickson, reproduites ci-dessus, concernant la quatrième condition d’application du par. 56(2), à savoir que le paiement aurait été inclus dans le revenu du contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie s’il l’avait reçu lui-même. Pour l’essentiel, le revenu de dividendes ne satisfait pas à cette condition préalable à l’attribution étant donné que le contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie n’aurait pas touché le revenu s’il n’avait pas été versé à l’actionnaire. En fait, notre Cour a interprété implicitement la quatrième condition comme requérant notamment l’existence d’un droit, en ce sens que le contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie aurait autrement reçu les paiements en litige. Le juge Rothstein de la Cour fédérale, Section de première instance, a relevé, à juste titre, ce point en des termes similaires, lorsqu’il a reconnu que le juge en chef Dickson avait subordonné l’application du par. 56(2) à la condition que le paiement en cause eût «autrement été versé au contribuable à l’égard

payment in issue “would otherwise have been obtained by the reassessed taxpayer” (p. 164).

48 An entitlement requirement in the sense I have described is consistent with the stated purpose of s. 56(2), which is to capture and attribute to the reassessed taxpayer “receipts which he or she otherwise would have obtained” (*McClurg*, at p. 1051). Dividend income cannot pass the fourth test because the dividend, if not paid to a shareholder, remains with the corporation as retained earnings; the reassessed taxpayer, as either director or shareholder of the corporation, has no entitlement to the money.

49 This is the only interpretation which makes sense and which avoids absurdity in the application of s. 56(2), as noted by Dickson C.J. (at p. 1053):

... but for the declaration (and allocation), the dividend would remain part of the retained earnings of the company. That cannot legitimately be considered as within the parameters of the legislative intent of s. 56(2). If this Court were to find otherwise, corporate directors potentially could be found liable for the tax consequences of any declaration of dividends made to a third party. ... this would be an unrealistic interpretation of the subsection consistent with neither its object nor its spirit. It would violate fundamental principles of corporate law and the realities of commercial practice and would “overshoot” the legislative purpose of the section.

50 I note that the decision in *Winter*, *supra*, which was rendered shortly before this Court’s ruling in *McClurg*, appears to challenge the view that where a taxpayer is not entitled to a payment that payment cannot be attributed to him or her under s. 56(2). *Winter*, however, did not involve the attribution of dividend income.

51 In *Winter*, the majority shareholder in an investment company caused the corporation to sell some of its shares to his son-in-law, who was also a shareholder in the corporation, for a price of \$100

duquel une nouvelle cotisation est établie» (p. 164).

Une condition d’existence d’un droit, dans le sens que je lui ai donné, est compatible avec l’objet explicite du par. 56(2), qui est de prendre et d’attribuer au contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie les «recettes qu’il aurait autrement touchées» (*McClurg*, à la p. 1051). Le revenu de dividendes ne peut pas satisfaire au quatrième critère parce que les dividendes, s’ils ne sont pas versés à un actionnaire, continuent de faire partie des bénéfices non distribués de la société; le contribuable à l’égard duquel une nouvelle cotisation est établie, que ce soit à titre d’administrateur ou d’actionnaire de la société, n’a pas droit à cette somme d’argent.

C’est la seule interprétation logique qui évite une application absurde du par. 56(2), comme l’a fait remarquer le juge en chef Dickson (à la p. 1053):

... le dividende continuerait à faire partie des bénéfices non distribués de la société, si ce n’était de la déclaration du dividende (et de sa répartition). On ne peut légitimement considérer que telle était l’intention du législateur au par. 56(2). Si notre Cour devait conclure le contraire, les administrateurs des sociétés pourraient vraisemblablement être tenus responsables des incidences fiscales de toute déclaration de dividendes faite à un tiers. [...] il s’agirait alors d’une interprétation irréaliste ne respectant ni l’objet, ni l’esprit de ce paragraphe. Cela violerait les principes fondamentaux du droit des sociétés ainsi que les réalités des pratiques commerciales, et cela irait au-delà de l’intention du législateur.

Je souligne que l’arrêt *Winter*, précité, qui a été rendu peu avant l’arrêt *McClurg* de notre Cour, semble mettre en doute l’opinion selon laquelle, lorsqu’un contribuable n’a pas droit à un paiement, ce paiement ne peut pas lui être attribué en vertu du par. 56(2). Il n’était toutefois pas question, dans l’arrêt *Winter*, de l’attribution d’un revenu de dividendes.

Dans *Winter*, l’actionnaire majoritaire d’une société de portefeuille avait fait en sorte que cette société vende certaines de ses actions à son gendre, qui était aussi actionnaire de la société, au prix de

per share. The Minister calculated the fair market value of the shares at approximately \$1,000 per share and reassessed the majority shareholder under s. 56(2) by adding as income the difference between what the son-in-law paid for the shares and their market value.

Marceau J.A., writing for the court, held that the fact that the taxpayer had no direct entitlement to the shares did not preclude attribution since there was no indication that s. 56(2) was intended to be so confined. Marceau J.A. concluded (at p. 593) that:

... when the doctrine of “constructive receipt” is not clearly involved, because the taxpayer had no entitlement to the payment being made or the property being transferred, it is fair to infer that subsection 56(2) may receive application only if the benefit conferred is not directly taxable in the hands of the transferee. [Emphasis added.]

Marceau J.A. distinguished the Federal Court of Appeal’s ruling in *McClurg* where Urie J. held that s. 56(2) does not apply to dividend income, which holding was affirmed by this Court, as follows (at pp. 591-92):

... the *McClurg* decision was concerned with a declaration of dividend in accordance (in the views of the majority) with the powers conferred by the share structure of the corporation, and I do not see it as having authority beyond the particular type of situation with which it was dealing.

I agree with Marceau J.A.: *Winter* concerned the conferral of a benefit which was not in the form of dividend income. The application of s. 56(2) to non-dividend income was not before this Court in *McClurg* and it is not before this Court in the present case. But the entitlement requirement implicitly read into the fourth precondition of s. 56(2) in *McClurg* clearly applies to dividend income.

100 \$ l’action. Le Ministre avait fixé leur juste valeur marchande à environ 1 000 \$ l’action et avait établi, à l’égard de l’actionnaire majoritaire, une nouvelle cotisation fondée sur le par. 56(2), en ajoutant comme revenu la différence entre le montant que le gendre avait payé pour les actions et la valeur marchande de ces dernières.

Le juge Marceau, s’exprimant au nom de la cour, a conclu que le fait que le contribuable n’avait aucun droit direct aux actions n’empêchait pas l’attribution étant donné qu’il n’y avait aucune indication que le par. 56(2) avait été conçu pour avoir une application aussi limitée. Le juge Marceau a conclu (à la p. 593) que:

... lorsque la doctrine de la «recette présumée» n’est pas clairement en cause, parce que le contribuable n’avait aucun droit au versement effectué ou au bien transféré, il n’est que juste d’inférer que le paragraphe 56(2) ne peut recevoir d’application que si l’avantage accordé n’est pas directement imposable entre les mains du cessionnaire. [Je souligne.]

Le juge Marceau a fait la distinction d’avec l’arrêt *McClurg* de la Cour d’appel fédérale, où le juge Urie a conclu que le par. 56(2) ne s’applique pas aux revenus de dividendes, ce qui a été confirmé par notre Cour de la façon suivante (aux pp. 591 et 592):

... l’arrêt *McClurg* portait sur la déclaration d’un dividende conformément (de l’avis de la majorité) aux pouvoirs accordés par l’organisation du capital social de la société, et j’estime qu’il fait autorité uniquement à l’égard des circonstances particulières qui y étaient traitées.

Je suis d’accord avec le juge Marceau: *Winter* concernait l’attribution d’un avantage qui n’était pas sous forme de revenu de dividendes. Notre Cour n’était pas saisie, dans l’arrêt *McClurg*, de la question de l’application du par. 56(2) à un revenu autre qu’un revenu de dividendes, et elle ne l’est pas non plus en l’espèce. Toutefois, dans *McClurg*, la condition de l’existence d’un droit, que comporte implicitement la quatrième condition préalable à l’application du par. 56(2), s’applique nettement aux revenus de dividendes.

54

I conclude that, unless a reassessed taxpayer had a preexisting entitlement to the dividend income paid to the shareholder of a corporation, the fourth precondition cannot be satisfied and consequently s. 56(2) cannot operate to attribute the dividend income to that taxpayer for income tax purposes.

(ii) The obiter dicta in *McClurg* and the exception to the general rule

55

The finding that dividend income cannot satisfy the fourth precondition to the application of s. 56(2), as modified by the implicit entitlement requirement, was dispositive of the *McClurg* case. La Forest J. agreed with the majority's conclusion that *bona fide* dividend income does not fall within the scope of s. 56(2). However, he dissented on the finding under corporate law that the discretionary dividend clause was valid; therefore the dividend income at issue in *McClurg* was not, in his view, *bona fide* and s. 56(2) applied (see p. 1073).

56

Despite these conclusions, Dickson C.J. went on to consider the third precondition, that the payment must be for the benefit of the reassessed taxpayer or for the benefit of another person whom the reassessed taxpayer wished to benefit, and in so doing, he qualified his earlier interpretation of the fourth precondition. In his view, Wilma McClurg's receipt of the funds was not a "benefit" as required by s. 56(2) (the third precondition) since her contributions to the corporate enterprise could be described as a "legitimate *quid pro quo* and were not simply an attempt to avoid the payment of taxes" (p. 1054). Since Wilma McClurg had made legitimate contributions to the corporation, the application of s. 56(2) "would be contrary to the commercial reality of this particular transaction" (p. 1053).

Je conclus que, à moins que le contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie n'ait eu un droit préexistant au revenu de dividendes versé à l'actionnaire d'une société, la quatrième condition préalable ne peut pas être remplie et, par conséquent, le par. 56(2) ne peut pas être appliqué de manière à attribuer le revenu de dividendes à ce contribuable aux fins de l'impôt sur le revenu.

(ii) L'opinion incidente exprimée dans *McClurg* et l'exception à la règle générale

La conclusion que le revenu de dividendes ne peut pas satisfaire à la quatrième condition préalable à l'application du par. 56(2), à laquelle est rattachée la condition implicite de l'existence d'un droit, a été décisive dans l'affaire *McClurg*. Le juge La Forest s'est rallié à la conclusion de la majorité selon laquelle le revenu de dividendes véritable ne relève pas du par. 56(2). Cependant, il était dissident quant à la conclusion fondée sur le droit des sociétés, selon laquelle la clause de dividendes discrétionnaires était valide; le revenu de dividendes en cause dans *McClurg* n'était donc pas véritable selon lui, et le par. 56(2) s'appliquait (voir à la p. 1073).

En dépit de ces conclusions, le juge en chef Dickson a passé à l'examen de la troisième condition préalable, à savoir que le paiement doit être fait au profit du contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie, ou à titre d'avantage que le contribuable à l'égard duquel une nouvelle cotisation est établie souhaitait voir accorder à une autre personne, et, ce faisant, il a nuancé l'interprétation qu'il avait précédemment donnée de la quatrième condition préalable. Selon lui, les fonds reçus par Wilma McClurg ne constituaient pas un «avantage» comme l'exige le par. 56(2) (la troisième condition préalable), étant donné que ses apports à la société pouvaient être qualifiés de «contrepartie légitime et non simplement [de] tentative d'éviter le paiement de l'impôt» (p. 1054). Vu que Wilma McClurg avait fourni des apports légitimes à la société, l'application du par. 56(2) «serait [...] contraire à la véritable nature commerciale de cette opération particulière» (p. 1053).

Dickson C.J. seemed to be of the view that the character of a shareholder's dividend income is to be determined by that shareholder's level of contribution to the corporation. This approach ignores the fundamental nature of dividends; a dividend is a payment which is related by way of entitlement to one's capital or share interest in the corporation and not to any other consideration. Thus, the quantum of one's contribution to a company, and any dividends received from that corporation, are mutually independent of one another. La Forest J. made the same observation in his dissenting reasons in *McClurg* (at p. 1073):

With respect, this fact is irrelevant to the issue before us. To relate dividend receipts to the amount of effort expended by the recipient on behalf of the payor corporation is to misconstrue the nature of a dividend. As discussed earlier, a dividend is received by virtue of ownership of the capital stock of a corporation. It is a fundamental principle of corporate law that a dividend is a return on capital which attaches to a share, and is in no way dependent on the conduct of a particular shareholder. [Emphasis added.]

Dickson C.J.'s finding that Wilma McClurg's contributions to the corporation resulted in the dividend being consideration for her efforts rather than a "benefit" as required by s. 56(2) opened the door to his *obiter* comments which have led to some confusion (at p. 1054):

In my opinion, if a distinction is to be drawn in the application of s. 56(2) between arm's length and non-arm's length transactions, it should be made between the exercise of a discretionary power to distribute dividends when the non-arm's length shareholder has made no contribution to the company (in which case s. 56(2) may be applicable), and those cases in which a legitimate contribution has been made.

Dickson C.J. is suggesting, it would seem, that where a non-arm's length shareholder receives a dividend from a corporation to which he or she has made no contribution (the dividend income therefore constituting a "benefit" for the purposes of s. 56(2) in Dickson C.J.'s view), precondition four, interpreted by him to include an entitlement requirement, is automatically considered satisfied,

Le juge en chef Dickson semblait d'avis que la nature du revenu de dividendes d'un actionnaire était tributaire de l'apport fourni à la société par cet actionnaire. Ce point de vue ne tient pas compte de la nature fondamentale des dividendes; un dividende est un paiement lié, sous forme de droit, au capital-actions qu'une personne possède dans une société, et à rien d'autre. Ainsi, l'importance de l'apport fourni par une personne à la société, et tout dividende reçu de cette société, sont indépendants l'un de l'autre. Le juge La Forest a fait la même observation dans les motifs dissidents qu'il a rédigés dans *McClurg* (à la p. 1073):

En toute déférence, ce fait n'est pas pertinent pour les fins du litige dont nous sommes saisis. C'est mal interpréter la nature d'un dividende que de lier le versement d'un dividende à la somme des efforts déployés par le bénéficiaire pour le compte de la société payante. Comme nous l'avons dit auparavant, le versement d'un dividende résulte de la propriété du capital-actions d'une société. Selon un principe fondamental du droit des sociétés, un dividende est le rapport du capital qui se rattache à une action et ne dépend d'aucune façon de la conduite d'un actionnaire donné. [Je souligne.]

La conclusion du juge en chef Dickson que l'apport fourni à la société par Wilma McClurg a fait du dividende une contrepartie de ses efforts plutôt qu'un «avantage», comme l'exige le par. 56(2), a ouvert la porte à ses observations incidentes qui ont engendré une certaine confusion (à la p. 1054):

À mon avis, si une distinction s'impose dans l'application du par. 56(2) entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, il faut la faire entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsque l'actionnaire ayant un lien de dépendance n'a fourni aucun apport à la société (auquel cas le par. 56(2) peut s'appliquer) et les cas où un apport légitime a été fourni.

Le juge en chef Dickson semble donner à entendre que, lorsqu'un actionnaire ayant un lien de dépendance reçoit des dividendes d'une société à laquelle il n'a fourni aucun apport (le revenu de dividendes constituant donc un «avantage» aux fins de l'application du par. 56(2), selon le juge en chef Dickson), on considère automatiquement qu'il est satisfait à la quatrième condition préalable qui,

or need not be satisfied, with the result that s. 56(2) applies.

60 In my view, it is wrong to suggest that there may be an exception to the rule that s. 56(2) does not apply to dividend income where the recipient of the dividend income in a non-arm's length transaction has not made a "legitimate contribution" to the corporation. In so stating, I assume, of course, that proper consideration was given for the shares when issued. I am not aware of any principle of corporate law that requires in addition that a so-called "legitimate contribution" be made by a shareholder to entitle him or her to dividend income and it is well accepted that tax law embraces corporate law principles unless such principles are specifically set aside by the taxing statute.

61 Furthermore, there is no principled basis upon which this distinction can be drawn; the fact that a company is closely held or that no contribution is made to the company by a shareholder benefiting from a dividend in no way changes the underlying nature of a dividend. Neither the fact that the transaction is non-arm's length nor the fact that the shareholder has not contributed to the corporation serves to overcome the conclusion that dividend income cannot satisfy the fourth precondition to attribution under s. 56(2).

62 Moreover, the *obiter* comments raise the difficult task of determining what constitutes a legitimate contribution. What will be the criteria upon which one can ascertain with any degree of precision or certainty that a contribution is legitimate?

63 Finally, the requirement of a legitimate contribution is in some ways an attempt to invite a review of the transactions in issue in accordance with the doctrines of sham or artificiality. Implicit in the distinction between non-arm's length and arm's length transactions is the assumption that non-arm's length transactions lend themselves to the creation of corporate structures which exist for the sole purpose of avoiding tax and therefore

selon son interprétation, inclut une condition d'existence d'un droit, ou qu'il n'est pas nécessaire d'y satisfaire, de sorte que le par. 56(2) s'applique.

Selon moi, il est erroné de laisser entendre qu'il peut y avoir une exception à la règle selon laquelle le par. 56(2) ne s'applique pas à un revenu de dividendes lorsque le bénéficiaire du revenu de dividendes, dans une opération effectuée avec lien de dépendance, n'a fourni aucun «apport légitime» à la société. En affirmant cela, je tiens pour acquis, bien sûr, qu'une contrepartie suffisante a été donnée pour les actions au moment de leur émission. Je ne connais aucun principe de droit des sociétés qui exige en outre qu'un actionnaire ait fourni un soi-disant «apport légitime» pour avoir droit à un revenu de dividendes, et il est reconnu que le droit fiscal comporte des principes de droit des sociétés à moins que ces principes ne soient expressément écartés par la loi fiscale en cause.

En outre, il n'y a aucun motif fondé sur des principes qui permet d'établir cette distinction; le fait qu'une société soit une société à capital fermé ou qu'aucun apport ne soit fourni à la société par un actionnaire qui profite d'un dividende ne change rien à la nature fondamentale d'un dividende. Ni le fait que l'opération soit effectuée avec lien de dépendance, ni le fait que l'actionnaire n'ait fourni aucun apport à la société ne permettent de surmonter la conclusion que le revenu de dividendes ne peut pas satisfaire à la quatrième condition préalable à l'attribution prévue au par. 56(2).

De plus, ces observations incidentes engendrent la tâche difficile de déterminer ce qui constitue un apport légitime. Quels critères permettront de déterminer avec un certain degré de précision et de certitude qu'un apport est légitime?

Finalement, l'exigence d'un apport légitime est en quelque sorte une tentative de susciter un examen des opérations en cause selon les règles du trompe-l'œil ou de la facticité. La supposition que les opérations effectuées avec lien de dépendance se prêtent à la création de structures de société qui sont destinées exclusivement à éviter le paiement de l'impôt, et qu'elles devraient donc relever du par. 56(2), est implicite dans la distinction entre les

should be caught by s. 56(2). However, as mentioned above, taxpayers are entitled to arrange their affairs for the sole purpose of achieving a favourable position regarding taxation and no distinction is to be made in the application of this principle between arm's length and non-arm's length transactions (see *Stuart, supra*). The *ITA* has many specific anti-avoidance provisions and rules governing the treatment of non-arm's length transactions. We should not be quick to embellish the provision at issue here when it is open for the legislator to be precise and specific with respect to any mischief to be avoided.

To summarize, it is inappropriate to consider the contributions of a shareholder to a corporation when determining whether s. 56(2) applies. Dividends are paid to shareholders as a return on their investment in the corporation. Since the distribution of the dividend is not determined by the quantum of a shareholder's contribution to the corporation, it would be illogical to use contribution as the criterion that determines when dividend income will be subject to s. 56(2). The same principles apply in the context of both non-arm's length relationships such as often exist between small closely held corporations and their shareholders, and arm's length relationships such as exist between publicly held corporations and their shareholders.

5. Conclusion

For the foregoing reasons, s. 56(2) does not apply to the dividend income received by Ruby Neuman. The appeal is therefore allowed, the decision of the Federal Court of Appeal is reversed, and that portion of the respondent's assessment which attributes the dividend income received by Ruby Neuman to the appellant is set aside with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

opérations effectuées avec lien de dépendance et celles effectuées sans lien de dépendance. Cependant, comme nous l'avons vu, les contribuables ont le droit d'organiser leurs affaires dans le seul but de se trouver dans une situation favorable sur le plan fiscal et, pour appliquer ce principe, aucune distinction ne doit être établie entre les opérations effectuées sans lien de dépendance et celles effectuées avec lien de dépendance (voir *Stuart, précité*). La *LIR* comporte de nombreuses dispositions et règles anti-évitement particulières qui régissent le traitement des opérations effectuées avec lien de dépendance. Nous ne devrions pas nous empresser de rehausser la disposition en cause ici, alors qu'il est loisible au législateur d'être précis quant aux méfaits à éviter.

En résumé, il ne convient pas de prendre en considération les apports fournis à une société par un actionnaire, pour déterminer si le par. 56(2) s'applique. Les dividendes sont versés aux actionnaires à titre de rendement du capital qu'ils ont investi dans la société. Étant donné que la distribution du dividende ne dépend pas de l'importance de l'apport fourni par un actionnaire à la société, il serait illogique de faire de cet apport le critère d'assujettissement du revenu de dividendes au par. 56(2). Les mêmes principes s'appliquent tant dans le contexte des relations avec lien de dépendance qui existent souvent entre les petites sociétés à capital fermé et leurs actionnaires, que dans celui des relations sans lien de dépendance comme celles qui existent entre les sociétés ouvertes et leurs actionnaires.

5. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, le par. 56(2) ne s'applique pas au revenu de dividendes reçu par Ruby Neuman. Le pourvoi est donc accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale est infirmé et la partie de la cotisation de l'intimée qui attribue à l'appelant le revenu de dividendes touché par Ruby Neuman est annulée, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

*Solicitors for the appellant: Taylor, McCaffrey,
Winnipeg.*

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

*Procureurs de l'appelant: Taylor, McCaffrey,
Winnipeg.*

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

Duha Printers (Western) Ltd. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: DUHA PRINTERS (WESTERN) LTD. v. CANADA

File No.: 25513.

1998: March 17; 1998: May 28.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Deductions from income — Non-capital losses — Amalgamation of corporations — Predecessor corporation — Meaning of “control” — Corporation acquiring shares of inactive company in order to take advantage of its accumulated non-capital losses — Corporation amalgamating with inactive company — Whether change in control prevented corporation from deducting inactive company’s non-capital losses — Whether unanimous shareholder agreement to be considered in assessing who has de jure control of corporation — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 87(2.1), 111(1), (5).

A predecessor of the appellant corporation decided to acquire the shares of an inactive company (“Outdoor”) in order to take advantage of the substantial non-capital losses it had accumulated. The company which owned the shares of Outdoor (“Marr’s”) subscribed for a sufficient number of shares in the appellant’s predecessor to give it a majority of the voting shares. An agreement was entered into among all the shareholders of the appellant’s predecessor pursuant to which its affairs were to be managed by a board of directors, elected by the shareholders from a list of nominees specified in the agreement. The agreement also restricted the transfer of shares so that no shares could be transferred without the consent of the majority of the directors. The appellant’s predecessor purchased all the outstanding shares of Outdoor from Marr’s for \$1. It then amalgamated with Outdoor, thereby creating the appellant.

In its 1985 tax return the appellant deducted from its income non-capital losses which had been incurred by

Duha Printers (Western) Ltd. *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: DUHA PRINTERS (WESTERN) LTD. c. CANADA

N° du greffe: 25513.

1998: 17 mars; 1998: 28 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Déductions du revenu — Pertes autres qu'en capital — Fusion de sociétés — Société remplacée — Sens du mot «contrôle» — Société achetant les actions d'une compagnie inactive dans le but de tirer profit des pertes autres qu'en capital que cette dernière avait accumulées — Société fusionnant avec la compagnie inactive — Le changement de contrôle empêchait-il la société de déduire les pertes autres qu'en capital de la compagnie inactive? — Faut-il tenir compte d'une convention unanime des actionnaires pour déterminer qui détient le contrôle de jure d'une société? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 87(2.1), 111(1), (5).

Une société remplacée par la société appelante a décidé d'acquérir les actions d'une compagnie inactive («Outdoor») dans le but de tirer profit des importantes pertes autres qu'en capital que cette dernière avait accumulées. La compagnie qui détenait les actions de Outdoor («Marr's») a souscrit un nombre suffisant d'actions de la société remplacée par l'appelante pour obtenir la majorité des actions avec droit de vote. Tous les actionnaires de la société remplacée par l'appelante ont conclu une convention aux termes de laquelle les affaires internes de la société remplacée seraient gérées par un conseil d'administration élu par les actionnaires à partir d'une liste de candidats figurant dans la convention. La convention restreignait aussi le transfert d'actions, de sorte qu'aucune action ne pouvait être transférée sans le consentement de la majorité des administrateurs. La société remplacée par l'appelante a acheté à Marr's, pour un dollar, toutes les actions en circulation de Outdoor. Elle a ensuite fusionné avec Outdoor, créant ainsi la société appelante.

Dans sa déclaration de revenus de 1985, l'appelante a déduit de son revenu des pertes autres qu'en capital que

Outdoor in previous years, pursuant to s. 111(1) of the *Income Tax Act* (“*ITA*”). Section 87(2.1) of the *ITA* provides that where there has been an amalgamation of two or more corporations, the new corporation is deemed to be the same corporation as each predecessor corporation for the purposes of determining the non-capital losses of the new corporation. Under s. 111(5), however, where “control” of a corporation has been acquired by another person (the “purchaser”), that corporation’s non-capital losses from the carrying on of a business are only deductible by the purchaser in a subsequent taxation year if, throughout that year, the business in question was carried on by the purchaser with a reasonable expectation of profit — that is, as a going concern. The Minister of National Revenue disallowed the deduction on the basis that Marr’s did not control the appellant’s predecessor prior to its amalgamation with Outdoor. The Tax Court of Canada allowed the appellant’s appeal, but that decision was overturned by the Federal Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed.

Under the *ITA*, “control” of a corporation normally refers to *de jure*, not *de facto*, control. The general test is whether the majority shareholder enjoys “effective control” over the affairs and fortunes of the corporation, as manifested in the ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the board of directors (the *Buckerfield’s* test). While the general approach to the determination of control has been to examine the share register of the corporation to ascertain which shareholder, if any, possesses the ability to elect a majority of the board of directors, it is entirely proper to look beyond the share register when the constating documents provide for something unusual which alters the control of the company. Although “ordinary” shareholder agreements and other external documents generally should not be considered in assessing *de jure* control, a unanimous shareholder agreement (“*USA*”) is a constating document and as such must be considered for the purposes of this analysis. The *USA* is a corporate law hybrid, part contractual and part constitutional in nature. It can result in a fundamental change in the management of the company, since under s. 140(5) of the *Manitoba Corporations Act* (the “*Corporations Act*”) the shareholders who are parties to the *USA* assume all the rights, powers, duties and liabilities of the directors which are removed by the agreement, and the directors are relieved of their duties and liabilities to the same extent. The fact that the *USA* has supplanted the long-standing principle of share-

Outdoor avait subies au cours des années antérieures, conformément au par. 111(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* («*LIR*»). Le paragraphe 87(2.1) de la *LIR* prévoit que, lorsqu’il y a eu fusion de deux ou plusieurs sociétés ou corporations, la nouvelle société est réputée être la même que chacune des sociétés remplacées aux fins de déterminer les pertes autres qu’en capital de la nouvelle société. Toutefois, le par. 111(5) prévoit que, lorsque le «contrôle» d’une société a été acquis par une autre personne (l’«acheteur»), les pertes autres qu’en capital subies par cette société dans l’exploitation d’une entreprise ne sont déductibles par l’acheteur, au cours d’une année d’imposition subséquente, que si, tout au long de cette année, l’entreprise en question était exploitée par l’acheteur dans une expectative raisonnable de profit — c’est-à-dire en tant qu’entreprise en activité. Le ministre du Revenu national a refusé la déduction pour le motif que Marr’s ne contrôlait pas la société remplacée par l’appelante avant sa fusion avec Outdoor. La Cour canadienne de l’impôt a accueilli l’appel de l’appelante, mais cette décision a été infirmée par la Cour d’appel fédérale.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Sous le régime de la *LIR*, le «contrôle» d’une société s’entend normalement du contrôle *de jure* et non pas du contrôle *de facto*. Le critère général consiste à décider si l’actionnaire majoritaire exerce un «contrôle effectif» sur les affaires et les destinées de la société, contrôle qui ressort de la propriété d’un nombre d’actions conférant la majorité des voix pour l’élection du conseil d’administration (critère de l’arrêt *Buckerfield’s*). Bien que la façon générale de déterminer où se situe le contrôle consiste à examiner le registre des actionnaires de la société pour vérifier quel actionnaire, s’il en est, est en mesure d’élire la majorité des membres du conseil d’administration, il est parfaitement légitime d’aller au-delà du registre des actionnaires quand les actes constitutifs comprennent une disposition inusitée qui modifie le contrôle de la société. Alors que les conventions «ordinaires» des actionnaires et les autres documents externes ne devraient pas, en général, être pris en considération pour évaluer le contrôle *de jure*, une convention unanime des actionnaires («*CUA*») est un acte constitutif et doit, à ce titre, être prise en compte dans cette analyse. La *CUA* est une création hybride du droit des sociétés, qui est en partie contractuelle et qui tient en partie d’un acte constitutif. Elle peut entraîner un changement fondamental dans la gestion de la société, car le par. 140(5) de la *Loi sur les corporations* du Manitoba (la «*Loi sur les corporations*») prévoit que les actionnaires qui sont parties à la *CUA* assument tous les droits, pouvoirs et obligations des administrateurs révoqués par la convention, et

holder non-interference with the directors' powers to manage the corporation, an otherwise exclusive right which is granted by the statute and the corporate constitution, clearly indicates that it is at least as important as the articles and by-laws in assessing *de jure* control.

Under s. 140(2) of the *Corporations Act*, to be valid a USA must restrict, in whole or in part, the powers of the directors to manage the business and affairs of the corporation. The agreement in this case constituted a USA within the meaning of s. 140(2). Article 4.4 of the agreement, which prevented the corporation from issuing further shares "without the written consent of all of the Shareholders", imposed a clear restriction upon the directors' statutory powers of management. However, the mere existence of a USA does not necessarily alter the *de jure* control of a corporation. Rather, it is possible to determine whether *de jure* control has been lost as a result of a USA by asking whether the USA leaves any way for the majority shareholder to exercise effective control over the affairs and fortunes of the corporation in a way analogous or equivalent to the power to elect the majority of the board of directors.

The provisions in the USA at issue in this case did not in fact result in the loss of *de jure* control by Marr's. The inability to issue new shares without unanimous shareholder approval, while surely a restriction on the powers of the directors to manage the business and affairs of the appellant's predecessor, was not so severe a restriction that Marr's could be said to have lost the ability to exercise effective control over the affairs and fortunes of the company through its majority shareholdings. Marr's, by virtue of its ability to elect the majority of the board of directors, enjoyed *de jure* control over the appellant's predecessor immediately prior to its amalgamation with Outdoor. Nothing in the constating documents, including the USA, served to alter this state of affairs. Accordingly, there was no change in control occasioned by the amalgamation, which means that s. 111(5) of the *ITA* did not prevent the appellant from deducting from its 1985 taxable income the non-capital losses accumulated in previous years by Outdoor, regardless of whether or not the business of Outdoor

encourent toutes leurs responsabilités, et que les administrateurs sont déchargés de leurs obligations et responsabilités dans la même mesure. Le fait que la CUA a supplanté le principe de longue date selon lequel les actionnaires ne doivent pas entraver les pouvoirs des administrateurs de gérer la société, qui représentent un droit par ailleurs exclusif conféré par la loi et les actes constitutifs de la société, indique clairement que la CUA est au moins aussi importante que les statuts et les règlements administratifs pour apprécier le contrôle *de jure*.

Aux termes du par. 140(2) de la *Loi sur les corporations*, une CUA doit, pour être valide, restreindre en totalité ou en partie les pouvoirs des administrateurs de gérer l'entreprise et les affaires internes de la société. La convention, en l'espèce, était une CUA au sens du par. 140(2). L'article 4.4 de la convention, qui empêchait la société d'émettre de nouvelles actions «sans le consentement écrit de tous les actionnaires», imposait une restriction claire aux pouvoirs de gestion conférés aux administrateurs par la Loi. Cependant, la simple existence d'une CUA ne modifie pas nécessairement le contrôle *de jure* d'une société. Au contraire, il est possible de déterminer si le contrôle *de jure* a été perdu par suite d'une CUA en se demandant si cette CUA laisse à l'actionnaire majoritaire quelque moyen d'exercer un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société, d'une manière analogue ou équivalente au pouvoir d'élire la majorité des membres du conseil d'administration.

Les dispositions de la CUA en cause dans le présent pourvoi n'ont pas entraîné, en réalité, la perte du contrôle *de jure* par Marr's. Même si elle constituait sûrement une restriction des pouvoirs des administrateurs de gérer l'entreprise et les affaires internes de la société remplacée par l'appelante, l'incapacité d'émettre de nouvelles actions sans le consentement unanime des actionnaires n'était pas une restriction grave au point de pouvoir dire que Marr's avait perdu la capacité d'exercer un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société grâce à sa participation majoritaire. En raison de sa capacité d'élire la majorité des membres du conseil d'administration, Marr's détenait le contrôle *de jure* de la société remplacée par l'appelante, immédiatement avant la fusion de cette dernière avec Outdoor. Rien dans les actes constitutifs, y compris la CUA, n'a contribué à changer cette situation. Par conséquent, aucun changement de contrôle n'a résulté de la fusion, ce qui signifie que le par. 111(5) de la *LIR* n'empêchait pas l'appelante de déduire de son revenu imposable de 1985 les pertes autres qu'en capital accumulées par Outdoor au cours des années antérieures, peu importe que l'appelante ait eu l'intention d'exploiter Outdoor, ou qu'elle

was intended to be or was actually carried on by the appellant as a going concern.

l'ait effectivement exploitée, en tant qu'entreprise en activité.

Cases Cited

Distinguished: *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 1032; *Minister of National Revenue v. Consolidated Holding Co.*, [1974] S.C.R. 419; *The Queen v. Lusita Holdings Ltd.*, 84 D.T.C. 6346; *Alteco Inc. v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2087; **referred to:** *Buckerfield's Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1964] C.T.C. 504; *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd.*, [1967] S.C.R. 223; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *International Iron & Metal Co. v. Minister of National Revenue*, [1974] S.C.R. 898, aff'g [1969] C.T.C. 668; *Vina-Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 193; *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13; *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue*, 69 D.T.C. 5122, aff'd 71 D.T.C. 5202; *The Queen v. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 288; *Harvard International Resources Ltd. v. Provincial Treasurer of Alberta*, 93 D.T.C. 5254; *Motherwell v. Schoof*, [1949] 4 D.L.R. 812; *Atlas Development Co. v. Calof* (1963), 41 W.W.R. 575; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536.

Statutes and Regulations Cited

Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44.
Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225, ss. 1(1) "affairs", "business", 6(3), (4), 20(1), 25(1), 97(1), 98(1), 116, 129(5), 140(2), (5), 207(1)(b), 240.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63], ss. 87(2.1) [ad. 1977-78, c. 1, s. 42; am. 1984, c. 1, s. 38], 111(1) [rep. & sub. 1984, c. 1, s. 54], (5) [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 140, s. 70; rep. & sub. 1984, c. 1, s. 54], 251(2)(c), 256(5.1) [ad. 1988, c. 55, s. 192], (7)(a)(i) [ad. 1977-78, c. 1, s. 99; am. 1980-81-82-83, c. 48, s. 112, c. 140, s. 131].

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "affairs".
 Dickerson, Robert W. V., John L. Howard and Leon Getz. *Proposals for a New Business Corporations*

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1971] R.C.S. 1032; *Ministre du Revenu national c. Consolidated Holding Co.*, [1974] R.C.S. 419; *La Reine c. Lusita Holdings Ltd.*, 84 D.T.C. 6346; *Alteco Inc. c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2087; **arrêts mentionnés:** *Buckerfield's Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1964] C.T.C. 504; *Minister of National Revenue c. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd.*, [1967] R.C.S. 223; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *International Iron & Metal Co. c. Ministre du Revenu national*, [1974] R.C.S. 898, conf. [1969] C.T.C. 668; *Vina-Rug (Canada) Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 193; *British American Tobacco Co. c. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13; *Donald Applicators Ltd. c. Minister of National Revenue*, 69 D.T.C. 5122, conf. par 71 D.T.C. 5202; *La Reine c. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 288; *Harvard International Resources Ltd. c. Provincial Treasurer of Alberta*, 93 D.T.C. 5254; *Motherwell c. Schoof*, [1949] 4 D.L.R. 812; *Atlas Development Co. c. Calof* (1963), 41 W.W.R. 575; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536.

Lois et règlements cités

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63], art. 87(2.1) [aj. 1977-78, ch. 1, art. 42; mod. 1980-81-82-83, ch. 47, art. 53 (Item 12); mod. 1984, ch. 1, art. 38], 111(1) [abr. & rempl. 1984, ch. 1, art. 54], (5) [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 70; abr. & rempl. 1984, ch. 1, art. 54], 251(2)c), 256(5.1) [aj. 1988, ch. 55, art. 192], (7)a)(i) [aj. 1977-78, ch. 1, art. 99; mod. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 112, ch. 140, art. 131].
Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 1(1) «affaires internes», «entreprise», 6(3), (4), 20(1), 25(1), 97(1), 98(1), 116, 129(5), 140(2), (5), 207(1)b), 240.

Doctrine citée

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, «affaires».
 Dickerson, Robert W. V., John L. Howard et Leon Getz. *Propositions pour un nouveau droit des corporations*

- Law for Canada*, vol. 1. Ottawa: Information Canada, 1971.
- Iacobucci, Frank. "Canadian Corporation Law: Some Recent Shareholder Developments". In Nancy E. Eastham and Boris Krivy, eds., *The Cambridge Lectures 1981: Selected Papers Based upon Lectures Delivered at the Conference of the Canadian Institute for Advanced Legal Studies, 1981, held at Cambridge University, England, and l'Université Catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve, Belgium*. Toronto: Butterworths, 1982, 88.
- Iacobucci, Frank, and David L. Johnston. "The Private or Closely-held Corporation". In Jacob S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1973, 68.
- Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.
- commerciales canadiennes*, vol. 1. Ottawa: Information Canada, 1971.
- Iacobucci, Frank. «Canadian Corporation Law: Some Recent Shareholder Developments». In Nancy E. Eastham and Boris Krivy, eds., *The Cambridge Lectures 1981: Selected Papers Based upon Lectures Delivered at the Conference of the Canadian Institute for Advanced Legal Studies, 1981, held at Cambridge University, England, and l'Université Catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve, Belgium*. Toronto: Butterworths, 1982, 88.
- Iacobucci, Frank, and David L. Johnston. «The Private or Closely-held Corporation». In Jacob S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1973, 68.
- Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1996] 3 F.C. 78, 198 N.R. 359, 27 B.L.R. (2d) 89, [1996] 3 C.T.C. 19, 96 D.T.C. 6323, [1996] F.C.J. No. 738 (QL), reversing a judgment of the Tax Court of Canada, [1995] 1 C.T.C. 2481, 95 D.T.C. 828, [1994] T.C.J. No. 1140 (QL), ordering a reassessment. Appeal allowed.

Joel Weinstein and Jonathan Kroft, for the appellant.

Robert Gosman, Sean D. Shore and Roger Taylor, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — In this appeal, this Court is required to examine the definition of "control" for the purposes of s. 111(5) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended, in order to determine whether the appellant corporation was entitled to deduct from its 1985 taxable income certain non-capital losses incurred by a predecessor corporation in an amalgamation. In this regard, it will be necessary to consider which of various factors may properly be considered in assessing the *de jure* control of a corporation, and in particular, whether a unanimous shareholder agreement, as contemplated by the *Manitoba Corporations Act*,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1996] 3 C.F. 78, 198 N.R. 359, 27 B.L.R. (2d) 89, [1996] 3 C.T.C. 19, 96 D.T.C. 6323, [1996] A.C.F. n° 738 (QL), infirmant un jugement la Cour canadienne de l'impôt, [1995] 1 C.T.C. 2481, 95 D.T.C. 828, [1994] A.C.I. n° 1140 (QL), ordonnant une nouvelle cotisation. Pourvoi accueilli.

Joel Weinstein et Jonathan Kroft, pour l'appelant.

Robert Gosman, Sean D. Shore et Roger Taylor, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à examiner la définition du mot «contrôle» pour l'application du par. 111(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 et ses modifications, afin de décider si la société appelante avait le droit de déduire de son revenu imposable de 1985 des pertes autres qu'en capital subies par une société remplacée à la suite d'une fusion. À cet égard, il sera nécessaire d'examiner lesquels parmi divers facteurs peuvent à bon droit être pris en considération pour évaluer le contrôle *de jure* de la société, et en particulier, si une convention unanime des actionnaires, au sens de la

R.S.M. 1987, c. C225 (the “*Corporations Act*”) (and by other statutes modelled after the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44 (the “*CBCA*”)), is to be considered a constating document for the purposes of the *de jure* control inquiry.

I. Facts

2 This case proceeded on an agreed statement of facts, and therefore the facts are not in dispute. Duha Printers (Western) Ltd. (“Duha No. 1”), incorporated in Manitoba in 1963, carried on business as a specialty printer. Prior to and as at February 7, 1984, all of the voting shares of Duha No. 1 were held either directly or indirectly by Emeric Duha, his wife, Gwendolyn Duha, and their three children.

3 Outdoor Leisureland of Manitoba Ltd. (“Outdoor”), incorporated in Manitoba in 1971, carried on business as a retailer of recreational vehicles. As at February 8, 1984, the shares of Outdoor were held by Marr’s Leisure Holdings Inc. (“Marr’s”), of which William Marr and his wife, Norah Marr, owned 62.16 percent of the voting shares. On that date, and as early as 1983, Outdoor was inactive and had accumulated non-capital losses in the amount of \$541,044.

4 On December 3, 1983, the directors of Duha No. 1 authorized the president of the corporation, Emeric Duha, to proceed at his discretion to acquire the shares of Outdoor in order to attempt to take advantage of the substantial non-capital losses which the latter had accumulated, so long as the losses could be purchased advantageously and if the related costs did not exceed \$10,000. This set into motion the chain of events which ultimately gave rise to this litigation.

5 On February 7, 1984, Duha No. 1 amalgamated with 64457 Manitoba Ltd., a wholly owned subsidiary of Duha No. 1, to form Duha Printers Western Ltd. (“Duha No. 2”). This caused a deemed year-end, permitting Duha No.1 to take advantage of a small business deduction, and the shareholders of Duha No. 2 received the same number of shares as

Loi sur les corporations du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. C225 (la «*Loi sur les corporations*») (et d’autres lois inspirées de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 (la «*LCSA*»)), peut être considérée comme un acte constitutif aux fins de l’examen du contrôle *de jure*.

I. Les faits

Un exposé conjoint des faits ayant servi de base à l’instruction de la présente affaire, les faits ne sont pas contestés. Duha Printers (Western) Ltd. («Duha n° 1»), une société constituée au Manitoba en 1963, exploitait une imprimerie spécialisée. Le 7 février 1984 et avant cette date, Emeric Duha, son épouse, Gwendolyn Duha, et leurs trois enfants détenaient, directement ou indirectement, toutes les actions avec droit de vote de Duha n° 1.

Outdoor Leisureland of Manitoba Ltd. («Outdoor»), une société constituée au Manitoba en 1971, était un détaillant de véhicules de plaisance. Le 8 février 1984, les actions de Outdoor étaient détenues par Marr’s Leisure Holdings Inc. («Marr’s»), dont William Marr et son épouse, Norah Marr, détenaient 62,16 pour 100 des actions avec droit de vote. À cette date, et dès 1983, Outdoor était inactive et avait accumulé des pertes autres qu’en capital de 541 044 \$.

Le 3 décembre 1983, les administrateurs de Duha n° 1 ont autorisé le président de la société, Emeric Duha, à acquérir, à son gré, les actions de Outdoor dans le but de tenter de tirer profit des importantes pertes autres qu’en capital que cette dernière avait accumulées, à la condition que ces pertes puissent être achetées avantageusement et que les coûts connexes ne dépassent pas 10 000 \$. Voilà ce qui a déclenché la suite d’événements à l’origine du présent litige.

Le 7 février 1984, Duha n° 1 a fusionné avec 64457 Manitoba Ltd., une filiale en propriété exclusive de Duha n° 1, formant Duha Printers Western Ltd. («Duha n° 2»). Il en est résulté une fin d’exercice présumée qui a permis à Duha n° 1 de profiter d’une déduction accordée aux petites entreprises, et les actionnaires de Duha n° 2 ont

they had previously owned in Duha No. 1. On February 8, 1984, the articles of Duha No. 2 were amended to increase the authorized capital of the company by creating an unlimited number of Class "C" preferred shares. These shares entitled their holders to non-cumulative dividends equal to nine percent of the redemption price (the stated capital for each share). Each share also carried with it the right to one vote, which was to cease either upon the transfer of the share or upon the death of its holder. The Class "C" shares were redeemable by Duha No. 2 with the consent of the holder, or without the consent of the holder in the event that the shares were transferred.

Marr's subscribed for 2,000 Class "C" shares at a price of one dollar each, for a total of \$2,000, on February 8, 1984. Consequently, Marr's then held a 55.71 percent majority of the voting shares in Duha No. 2. It is worth noting that, for the period ending December 31, 1983, Duha No. 1 had net income of \$182,223 and retained earnings of \$296,486. For the period ending January 2, 1985, it had net income of \$630,115 and retained earnings of \$571,543.

Also on February 8, 1984, an agreement was entered into among all of the shareholders of the new corporation, Duha No. 2 (the "Agreement"). Aside from describing itself in Article 3.1 as a "unanimous shareholders agreement", the Agreement stated that it dealt with the operation and management of the company's business and affairs. According to Article 2 of the Agreement, the affairs of Duha No. 2 were to be managed by a board of directors elected by the shareholders and composed of any three of Emeric Duha, Gwendolyn Duha, William Marr and Paul Quinton. Although Mr. Quinton was a close friend of both Emeric Duha and William Marr, and had served as a director of Duha No. 1 since 1974, it is common ground that he, Emeric Duha, and William Marr were not "related to each other"

reçu le même nombre d'actions que celui qu'ils détenaient antérieurement dans Duha n° 1. Le 8 février 1984, les statuts de Duha n° 2 ont été modifiés de manière à augmenter son capital autorisé, par la création d'un nombre illimité d'actions privilégiées de catégorie «C». Ces actions donnaient à leurs détenteurs droit à des dividendes non cumulatifs équivalant à neuf pour cent de leur valeur de rachat (soit le capital déclaré de chaque action). Chaque action donnait également droit à un seul vote, lequel droit s'éteindrait soit au transfert de l'action, soit au décès de son détenteur. Les actions de catégorie «C» pouvaient être rachetées par Duha n° 2 avec le consentement de leur détenteur, ou sans le consentement de ce dernier si elles étaient transférées.

Le 8 février 1984, Marr's a souscrit 2 000 actions de catégorie «C» au prix d'un dollar l'action, ce qui représentait une somme totale de 2 000 \$. Marr's détenait désormais une majorité de 55,71 pour 100 des actions avec droit de vote de Duha n° 2. Il vaut la peine de noter que, pour l'exercice ayant pris fin le 31 décembre 1983, Duha n° 1 avait eu un revenu net de 182 223 \$ et des bénéfices non distribués de 296 486 \$. Pour l'exercice ayant pris fin le 2 janvier 1985, elle avait eu un revenu net de 630 115 \$ et des bénéfices non distribués de 571 543 \$.

Également le 8 février 1984, tous les actionnaires de la nouvelle société Duha n° 2 ont conclu une convention (la «Convention»). En plus de stipuler à l'article 3.1 qu'elle constituait une [TRANSDUCTION] «convention unanime des actionnaires», la Convention précisait qu'elle concernait l'exploitation et la gestion de l'entreprise et des affaires internes de la société. Aux termes de l'article 2 de la Convention, les affaires internes de Duha n° 2 devaient être gérées par un conseil d'administration élu par les actionnaires et composé de trois des personnes suivantes: Emeric Duha, Gwendolyn Duha, William Marr et Paul Quinton. Bien que M. Quinton ait été un ami intime à la fois de Emeric Duha et de William Marr, et qu'il ait été un administrateur de Duha n° 1 depuis 1974, tous s'entendent pour dire que lui, Emeric Duha et

6

7

within the meaning of s. 251 of the *Income Tax Act*.

William Marr n'étaient pas «liés entre eux» au sens de l'art. 251 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

8 The Agreement also restricted the transfer of shares so that no shares could be transferred without the consent of the majority of the directors (Article 4.1); prohibited any shareholder from selling, assigning, transferring, or otherwise encumbering its shares in any manner (Article 4.3); and provided that new shares could only be issued with the unanimous consent of the existing shareholders (Article 4.4). Further, in Article 6.1, the Agreement provided that shareholder disputes regarding the business, accounts, or transactions of Duha No. 2 were to be resolved by arbitration.

La Convention restreignait aussi le transfert d'actions, de sorte qu'aucune action ne pouvait être transférée sans le consentement de la majorité des administrateurs (article 4.1), elle interdisait aux actionnaires de vendre, céder, transférer ou autrement grever leurs actions de quelque manière (article 4.3), et elle prévoyait que l'émission de nouvelles actions était assujettie au consentement unanime des actionnaires existants (article 4.4). De plus, l'article 6.1 de la Convention stipulait que tout différend des actionnaires concernant l'entreprise, les comptes ou les opérations de Duha n° 2 serait soumis à l'arbitrage.

9 On February 9, 1984, Duha No. 2 purchased all of the outstanding shares of Outdoor from Marr's for \$1. On the same date, 64099 Manitoba Ltd., a wholly owned subsidiary of Duha No. 2, purchased from Marr's Leisure Products (1977) Ltd. ("Marr's Leisure"), a wholly owned subsidiary of Marr's, a receivable in the amount of \$441,253 owed by Outdoor to Marr's Leisure. Half of the total purchase price of \$34,559 was payable on June 1, 1984, and the balance was payable upon the redemption of the 2,000 Class "C" shares of Duha No. 2 held by Marr's.

Le 9 février 1984, Duha n° 2 a acheté à Marr's, pour un dollar, toutes les actions en circulation de Outdoor. Le même jour, 64099 Manitoba Ltd., une filiale en propriété exclusive de Duha n° 2, a acheté à Marr's Leisure Products (1977) Ltd. («Marr's Leisure»), une filiale en propriété exclusive de Marr's, une créance de 441 253 \$ que Marr's Leisure avait sur Outdoor. La moitié du prix d'achat total de la créance, fixé à 34 559 \$, devait être payée le 1^{er} juin 1984, le solde étant payable lors du rachat des 2 000 actions de catégorie «C» de Duha n° 2 détenues par Marr's.

10 On February 10, 1984, Duha No. 2 and Outdoor effected a statutory amalgamation under the *Corporations Act* to form Duha Printers (Western) Limited ("Duha No. 3"). The shares of Outdoor were cancelled and the shareholders of Duha No. 3 received the same number and class of shares as they had previously owned in Duha No. 2. On March 12, 1984, the shareholders of Duha No. 3 elected Emeric Duha, Gwendolyn Duha and Paul Quinton as the three directors of Duha No. 3.

Le 10 février 1984, Duha n° 2 et Outdoor ont fusionné sous le régime de la *Loi sur les corporations* pour former la société Duha Printers (Western) Limited («Duha n° 3»). Les actions de Outdoor ont été annulées et les actionnaires de Duha n° 3 ont reçu les mêmes actions que celles qu'ils détenaient auparavant dans Duha n° 2. Le 12 mars 1984, les actionnaires de Duha n° 3 ont élu les trois administrateurs de Duha n° 3, soit Emeric Duha, Gwendolyn Duha et Paul Quinton.

11 On January 4, 1985, Duha No. 3, with the consent of Marr's, redeemed the 2,000 Class "C" shares owned by Marr's for a redemption price of \$2,000. On February 15, 1985, the Agreement was terminated and Paul Quinton resigned as a director of Duha No. 3.

Le 4 janvier 1985, Duha n° 3, avec le consentement de Marr's, a racheté au prix de 2 000 \$ les 2 000 actions de catégorie «C» détenues par Marr's. Le 15 février 1985, la Convention a été résiliée et Paul Quinton a résigné ses fonctions d'administrateur de Duha n° 3.

In its corporate tax return filed on June 28, 1985, Duha No. 3 deducted from its income non-capital losses in the amount of \$463,820, of which \$460,786 had been incurred by Outdoor in previous years. The Minister of National Revenue disallowed the deduction on the basis that Marr's did not control Duha No. 2 prior to its amalgamation with Outdoor, and that the transactions at issue were artificial and a sham. The Tax Court of Canada allowed Duha No. 3's appeal, but this decision was overturned on appeal to the Federal Court of Appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amended

87. . . .

(2.1) Where there has been an amalgamation of two or more corporations, for the purposes only of

(a) determining the new corporation's non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss or farm loss, as the case may be, for any taxation year, and

(b) determining the extent to which subsections 111(3) to (5.4) apply to restrict the deductibility by the new corporation of any non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss or farm loss, as the case may be,

the new corporation shall be deemed to be the same corporation as, and a continuation of, each predecessor corporation, except that this subsection shall in no respect affect the determination of

(c) the fiscal period of the new corporation or any of its predecessors,

(d) the income of the new corporation or any of its predecessors, or

(e) the taxable income of, or the tax payable under this Act by, any predecessor corporation.

111. (1) For the purpose of computing the taxable income of a taxpayer for a taxation year, there may be deducted such portion as he may claim of

Dans sa déclaration de revenus produite le 28 juin 1985, Duha n° 3 a déduit de son revenu des pertes autres qu'en capital de 463 820 \$, dont 460 786 \$ représentaient des pertes subies par Outdoor au cours des années antérieures. Le ministre du Revenu national a refusé la déduction pour le motif que Marr's ne contrôlait pas Duha n° 2 avant sa fusion avec Outdoor et que les opérations en cause étaient factices et constituaient un trompe-l'œil. La Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de Duha n° 3, mais cette décision a été infirmée par la Cour d'appel fédérale.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148 et ses modifications

87. . . .

(2.1) Lorsqu'il y a eu fusion de deux ou plusieurs corporations, aux seules fins

a) de déterminer la perte autre qu'une perte en capital, la perte en capital nette, la perte agricole restreinte ou la perte agricole, selon le cas, de la nouvelle corporation pour une année d'imposition quelconque, et

b) de déterminer dans quelle mesure les paragraphes 111(3) à (5.4) s'appliquent de manière à restreindre le montant que peut déduire la nouvelle corporation à titre de perte autre qu'une perte en capital, une perte en capital nette, une perte agricole restreinte ou une perte agricole, selon le cas,

la nouvelle corporation est réputée être la même corporation que chacune des corporations remplacées et est réputée assurer la continuation de chacune d'elles, sauf que le présent paragraphe ne doit en aucun cas influencer sur la détermination

c) de l'exercice financier de la nouvelle corporation, ou de toute corporation remplacée,

d) du revenu de la nouvelle corporation, ou de toute corporation remplacée, ou

e) du revenu imposable de toute corporation remplacée ou de l'impôt payable par celle-ci en vertu de la présente loi.

111. (1) Aux fins du calcul du revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, peuvent être déduites les sommes appropriées suivantes:

12

13

(a) his non-capital losses for the 7 taxation years immediately preceding and the 3 taxation years immediately following the year;

a) ses pertes autres que des pertes en capital subies au cours des 7 années d'imposition précédentes et des 3 années d'imposition qui suivent l'année;

(5) Where, at any time, control of a corporation has been acquired by a person or persons (each of whom is in this subsection referred to as the "purchaser")

(5) Lorsque, à une date quelconque, le contrôle d'une corporation a été acquis par une ou plusieurs personnes (chacune de celles-ci étant appelée l'«acheteur» au présent paragraphe)

(a) such portion of the corporation's non-capital loss or farm loss, as the case may be, for a taxation year ending before that time as may reasonably be regarded as its loss from carrying on a business is deductible by the corporation for a particular taxation year ending after that time

a) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole, selon le cas, subie par la corporation pour une année d'imposition se terminant avant cette date, et qui peut raisonnablement être considérée comme étant la perte qu'elle a subie dans l'exploitation d'une entreprise, est déductible par la corporation pour une année d'imposition donnée se terminant après cette date,

(i) only if throughout the particular year and after that time that business was carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit

(i) seulement si, tout au long de l'année donnée et après cette date, cette entreprise était exploitée par la corporation en vue d'en tirer un profit ou dans une expectative raisonnable de profit

251. . . .

251. . . .

(2) For the purposes of this Act "related persons", or persons related to each other, are

(2) Aux fins de la présente loi, des «personnes liées» ou des personnes liées entre elles, sont

(c) any two corporations

c) deux corporations quelconques

(i) if they are controlled by the same person or group of persons

(i) si elles sont contrôlées par la même personne ou le même groupe de personnes

256. . . .

256. . . .

(7) For the purposes of subsections 66(11) and (11.1), 87(2.1), 88(1.1) and (1.2) and section 111

(7) Aux fins des paragraphes 66(11) et (11.1), 87(2.1), 88(1.1) et (1.2) et de l'article 111,

(a) where shares of a particular corporation have been acquired by a person after March 31, 1977, that person shall be deemed not to have acquired control of the particular corporation by virtue of such share acquisition if that person

a) lorsqu'une personne a acquis des actions d'une corporation après le 31 mars 1977, elle est réputée ne pas avoir acquis le contrôle d'une corporation donnée par suite de l'acquisition de ces actions, si

(i) was, immediately before such share acquisition, related (otherwise than by virtue of a right referred to in paragraph 251(5)(b)) to the particular corporation

(i) immédiatement avant une telle acquisition des actions, elle était liée (autrement qu'en vertu d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b)) à la corporation donnée

Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225

Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225

6(3) Subject to subsection (4), if the articles or a unanimous shareholder agreement require a greater number of votes of directors or shareholders than that required by

6(3) Par dérogation à la présente loi et sous réserve du paragraphe (4), les statuts ou les conventions unanimes des actionnaires peuvent augmenter le nombre de voix

this Act to effect any action, the provisions of the articles or of the unanimous shareholder agreement prevail.

6(4) The articles may not require a greater number of votes of shareholders to remove a director than the number required by section 104.

20(1) A corporation shall prepare and maintain, at its registered office and, subject to subsection (5), at any other place in Manitoba designated by the directors, records containing

(a) the articles and the by-laws and all amendments thereto, and a copy of any unanimous shareholder agreement;

. . .

97(1) Subject to any unanimous shareholder agreement, the directors of a corporation shall

(a) exercise the powers of the corporation directly or indirectly through the employees and agents of the corporation; and

(b) direct the management of the business and affairs of the corporation.

140(2) An otherwise lawful written agreement among all the shareholders of a corporation, or among all the shareholders and a person who is not a shareholder, that restricts, in whole or in part, the powers of the directors to manage the business and affairs of the corporation is valid.

140(5) A shareholder who is a party to a unanimous shareholder agreement has all the rights, powers and duties and incurs the liabilities of a director of the corporation to which the agreement relates to the extent that the agreement restricts the discretion or powers of the directors to manage the business and affairs of the corporation, and the directors are thereby relieved of their duties and liabilities to the same extent.

240 If a corporation or any director, officer, employee, agent, auditor, trustee, receiver, receiver-manager or liquidator of a corporation does not comply with this Act, the regulations, articles, by-laws, or a unanimous shareholder agreement, a complainant or a creditor of the corporation may, in addition to any other right he has, apply to a court for an order directing any such person to comply with, or restraining any such person from act-

nécessaires à l'adoption de certaines mesures par les administrateurs ou par les actionnaires.

6(4) Les statuts ne peuvent, pour la révocation d'un administrateur, exiger un nombre de voix plus élevé que celui prévu à l'article 104.

20(1) La corporation tient, à son bureau enregistré, et, sous réserve du paragraphe (5), en tout autre lieu au Manitoba que désignent les administrateurs, des livres où figurent:

a) les statuts, les règlements administratifs, leurs modifications, ainsi qu'un exemplaire des conventions unanimes des actionnaires;

. . .

97(1) Sous réserve de toute convention unanime des actionnaires, les administrateurs:

a) exercent les pouvoirs de la corporation soit directement, soit indirectement par l'entremise de ses employés et de ses mandataires;

b) gèrent l'entreprise et les affaires internes de la corporation.

140(2) Est valide, si elle est par ailleurs licite, la convention écrite conclue par tous les actionnaires d'une corporation soit entre eux, soit avec des tiers, qui restreint en tout ou en partie les pouvoirs des administrateurs de gérer l'entreprise et les affaires internes de la corporation.

140(5) L'actionnaire qui est partie à une convention unanime d'actionnaires assume tous les droits, pouvoirs et obligations des administrateurs de la corporation et encourt toutes leurs responsabilités dans la mesure où la convention restreint le pouvoir discrétionnaire ou les pouvoirs des administrateurs de gérer l'entreprise et les affaires internes de la corporation; les administrateurs sont, par la même occasion, déchargés de leurs obligations et responsabilités dans la même mesure.

240 En cas d'inobservation par la corporation ou ses administrateurs, dirigeants, employés, mandataires, vérificateurs, fiduciaires, séquestres, séquestres-gérants ou liquidateurs de la présente loi, de ses règlements d'application, des statuts, des règlements administratifs de la corporation ou d'une convention unanime des actionnaires, tout plaignant ou créancier a, en plus de ses autres droits, celui de demander au tribunal de leur

ing in breach of, any provisions thereof, and upon such application the court may so order and make any further order it thinks fit.

14 A few explanatory words regarding this rather complex legislative scheme may be useful at this stage. Under s. 87(2.1) of the *Income Tax Act*, where there has been an amalgamation of two or more corporations, for the purposes of determining the non-capital loss of the new corporation for any taxation year, the new corporation is deemed to be the same corporation as, and a continuation of, each predecessor corporation. Therefore, for the purposes of s. 111(1), the new corporation is entitled to deduct from its taxable income for a year its non-capital losses for the seven years immediately preceding, and the three years immediately following, the year in question. However, this is subject to at least one important qualification: under s. 111(5), where “control” of a corporation has been acquired by another person (the “purchaser”), that corporation’s non-capital losses from the carrying on of a business are only deductible by the purchaser in a subsequent taxation year if, throughout that year and after that time, the business in question was carried on by the corporation with a reasonable expectation of profit — that is, as a going concern. The foregoing provisions of the *Corporations Act* are relevant, potentially, as indicators of where “control” of a corporation lay at the material time or times.

III. Judicial History

A. *Tax Court of Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2481

15 Rip J.T.C.C. observed first that, if Marr’s acquired control of Duha No. 2 on February 8, 1984, then ss. 251(2) and 256(7)(a)(i) of the *Income Tax Act* would deem there to have been no change of control when its shares were acquired the next day by Duha No. 2, given that the two companies would have been related to one another. As such, s. 111(5) would not prevent Duha No. 3

ordonner de s’y conformer, celui-ci pouvant rendre à cet effet les ordonnances qu’il estime pertinentes.

À ce stade, il peut être utile de donner quelques explications au sujet de ce régime législatif quelque peu complexe. Le paragraphe 87(2.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* prévoit que, lorsqu’il y a eu fusion de deux ou plusieurs sociétés ou corporations, aux fins de déterminer la perte autre qu’en capital de la nouvelle société pour une année d’imposition quelconque, la nouvelle société est réputée être la même que chacune des sociétés remplacées et est réputée assurer la continuation de chacune d’elles. Par conséquent, aux fins du par. 111(1), la nouvelle société a le droit de déduire de son revenu imposable pour une année ses pertes autres qu’en capital subies au cours des sept années précédentes et des trois années qui suivent l’année en question. Toutefois, cela est assujéti à au moins une condition importante: le par. 111(5) prévoit que, lorsque le «contrôle» d’une société a été acquis par une autre personne (l’«acheteur»), les pertes autres qu’en capital subies par cette société dans l’exploitation d’une entreprise ne sont déductibles par l’acheteur, au cours d’une année d’imposition subséquente, que si, tout au long de cette année et après cette date, l’entreprise en question était exploitée par la société dans une expectative raisonnable de profit — c’est-à-dire en tant qu’entreprise en activité. Les dispositions précédentes de la *Loi sur les corporations* peuvent être utiles pour indiquer qui détenait le «contrôle» d’une société à l’époque pertinente.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour canadienne de l’impôt*, [1995] 1 C.T.C. 2481

Le juge Rip a d’abord fait observer que, si Marr’s avait acquis le contrôle de Duha n° 2 le 8 février 1984, alors aux termes du par. 251(2) et du sous-al. 256(7)a)(i) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ce contrôle serait réputé ne pas avoir changé de mains quand les actions de Marr’s ont été acquises le lendemain par Duha n° 2, étant donné que les deux sociétés auraient été liées entre

from deducting from its income the non-capital losses previously incurred by Outdoor, pursuant to s. 87(2.1), even though the business of Outdoor was not carried on by Duha No. 3 as a going concern.

As a preliminary matter, Rip J.T.C.C. noted that, although the parties had referred to the Agreement as a “unanimous shareholders agreement”, the Agreement did not by its terms restrict the powers of the directors of Duha No. 2 to manage the business and affairs of the company, as required by the definition of “unanimous shareholder agreement” in s. 140(2) of the *Corporations Act*. In his view, the Agreement, while admittedly unanimous, was simply an ordinary shareholders’ agreement, not the special type of “unanimous shareholder agreement” contemplated by that statute.

Turning to the substantive issues on the appeal, Rip J.T.C.C. began by stating that “control” of a corporation, for the purposes of the *Income Tax Act*, means *de jure* control, or the ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the board of directors, and not *de facto* control: *Buckerfield’s Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1964] C.T.C. 504 (Ex. Ct.) (a definition adopted by this Court in *Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd.*, [1967] S.C.R. 223, *inter alia*). Rip J. noted also that, in assessing *de jure* control, the courts may examine the incorporating or constating documents of the company, which are “in effect an agreement between the shareholders and binding upon all the shareholders” (p. 2490).

The Minister had argued that, although Marr’s owned a majority of the voting shares of Duha No. 2, the Agreement “totally neutralized” the ability of Marr’s to manage the company, since it effectively prevented Marr’s from: electing a majority of its choice to the board of directors, dissenting from corporate transactions and applying to the court for redemption of its shares, or selling its shares. However, after an extensive review of the case law, Rip J. was unable to find authority for

elles. Ainsi, le par. 111(5) n’empêchait pas Duha n° 3 de déduire de son revenu les pertes autres qu’en capital subies antérieurement par Outdoor, conformément au par. 87(2.1), même si Duha n° 3 n’exploitait pas l’entreprise de Outdoor en tant qu’entreprise en activité.

À titre préliminaire, le juge Rip a souligné que, bien que les parties aient qualifié la Convention de «convention unanime des actionnaires», celle-ci ne restreignait pas explicitement les pouvoirs des administrateurs de Duha n° 2 de gérer l’entreprise et les affaires internes de la société, comme l’exige la définition d’une «convention unanime des actionnaires» énoncée au par. 140(2) de la *Loi sur les corporations*. À son avis, la Convention était certes unanime, mais il s’agissait d’une simple convention ordinaire des actionnaires et non pas du type particulier de «convention unanime des actionnaires» prévue par cette loi.

Quant aux questions de fond soulevées dans l’appel, le juge Rip a commencé par affirmer que, aux fins de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le «contrôle» d’une société s’entend du contrôle *de jure*, ou de la propriété d’un nombre d’actions conférant la majorité des voix pour l’élection du conseil d’administration, et non pas du contrôle *de facto*: *Buckerfield’s Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1964] C.T.C. 504 (C. de l’É.) (définition adoptée par notre Cour, notamment dans *Minister of National Revenue c. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd.*, [1967] R.C.S. 223). Le juge Rip a aussi fait remarquer que, pour vérifier s’il y a un contrôle *de jure*, les tribunaux peuvent examiner les actes constitutifs de la société, qui sont «en fait une convention entre les actionnaires qui oblige l’ensemble des actionnaires» (p. 2490).

Le Ministre avait soutenu que, même si Marr’s détenait la majorité des actions avec droit de vote de Duha n° 2, la Convention [TRADUCTION] «neutralisait totalement» la capacité de Marr’s de gérer la société, vu qu’elle l’empêchait effectivement d’élire à son gré la majorité des administrateurs, d’exprimer sa dissidence relativement à des opérations de la société et de présenter une demande à la cour pour racheter ses actions, ou de vendre ses actions. Toutefois, après avoir étudié à fond la

16

17

18

the proposition that the Agreement should be taken to vitiate the apparent *de jure* control of Duha No. 2 by Marr's. At the relevant time, Marr's held more than 50 percent of the voting shares in Duha No. 2 and, in the view of Rip J.T.C.C., nothing in the constating documents prevented Marr's from voting its shares in the normal course, nor was there any evidence that Marr's was not the beneficial owner of the shares and thus unable to decide for itself how the shares were to be voted.

19 Even if Rip J.T.C.C. had accepted that documents other than the constating documents could be considered, he found that nothing in the Agreement obliged Marr's to vote its shares in the manner in which it did, that is, to vote for a majority of directors who were representatives of the Duha family. Marr's was in a position to alter the board of directors, and there was no evidence, in the view of Rip J.T.C.C., that Mr. Quinton was a nominee of the Duha family. Therefore, Marr's was free, by electing to the board Mr. Quinton, either Mr. or Mrs. Duha, and Mr. Marr, to ensure that neither Marr's nor the Duha family would have a majority on the board of directors. Rip J.T.C.C. thus concluded that Marr's, by virtue of its ownership of the majority of the voting shares on February 8, 1984, controlled Duha No. 2 at that time.

20 Turning to whether the transaction was a sham, Rip J.T.C.C. acknowledged that the sole purpose of the chain of events was to enable Duha No. 3 to make use of the losses incurred by Outdoor, that *de facto* control of Duha No. 2 was never transferred to Marr's, and that Marr's never intended to control the company. However, he could not agree that the transaction was a sham, given that there was no attempt to disguise its true character. The various transactions were binding upon the parties and did precisely what they appeared to do. As for the argument that the transaction was contrary to the "object and spirit" of s. 111, Rip J.T.C.C. simply observed that the purpose of the section was to

jurisprudence, le juge Rip n'a pu trouver de précédent établissant que la Convention devrait être interprétée comme viciant le contrôle *de jure* apparent de Duha n° 2 par Marr's. À l'époque pertinente, Marr's détenait plus de 50 pour 100 des actions avec droit de vote de Duha n° 2 et, de l'avis du juge Rip, rien dans les actes constitutifs n'empêchait Marr's d'exercer normalement le droit de vote rattaché à ses actions, et il n'y avait aucune preuve que Marr's n'était pas le propriétaire bénéficiaire des actions et qu'elle n'était donc pas en mesure de décider elle-même de la façon dont le droit de vote rattaché à ces actions devait être exercé.

Même si le juge Rip avait admis que des documents autres que les actes constitutifs pouvaient être pris en considération, il a conclu que rien dans la Convention n'obligeait Marr's à exercer le droit de vote rattaché à ses actions comme elle l'a fait, c'est-à-dire pour élire des administrateurs majoritaires représentant la famille Duha. Marr's était en mesure de modifier la composition du conseil d'administration et il n'y avait, selon le juge Rip, aucune preuve que M. Quinton était un candidat de la famille Duha. En conséquence, en élisant au conseil M. Quinton, et soit M. ou M^{me} Duha, et M. Marr, Marr's était libre de faire en sorte que ni Marr's ni la famille Duha ne détienne la majorité au conseil d'administration. Le juge Rip a donc conclu que, du fait qu'elle détenait la majorité des actions avec droit de vote le 8 février 1984, Marr's contrôlait alors Duha n° 2.

Quant à savoir si l'opération était un trompe-l'œil, le juge Rip a reconnu que la suite d'événements visait uniquement à permettre à Duha n° 3 de se servir des pertes subies par Outdoor, que le contrôle *de facto* de Duha n° 2 n'avait jamais été transféré à Marr's et que cette dernière n'avait jamais eu l'intention de contrôler la société. Toutefois, il ne pouvait pas accepter que l'opération était un trompe-l'œil, étant donné qu'il n'y a eu aucune tentative d'en cacher la nature véritable. Les diverses opérations liaient les parties et leur effet était précisément ce qu'il paraissait être. Quant à l'argument selon lequel l'opération était contraire à [TRADUCTION] «l'objet et [à] l'esprit» de l'art. 111, le

permit corporations to apply non-capital losses against income earned in subsequent years, that amalgamated corporations are entitled to deduct the losses of predecessor corporations in this manner if the amalgamated corporation is controlled by the same person or group as the predecessor, and that “control” in this sense refers to *de jure* and not *de facto* control. In his view, there was nothing in the transaction that violated the “object and spirit” of the provision.

Therefore, Rip J.T.C.C. concluded that Marr’s did control Duha No. 2 on and immediately prior to February 8, 1984, when Duha No. 2 and Outdoor were amalgamated, and that it controlled Duha No. 3 during the taxation year on appeal. Accordingly, the appeal was allowed.

B. *Federal Court of Appeal*, [1996] 3 F.C. 78

(1) Reasons of Linden J.A. (Isaac C.J. concurring)

Like the trial judge, Linden J.A. was not persuaded that the transaction was a sham. The legal obligations between the parties were real and accomplished exactly what they purported to do. However, this was not sufficient to achieve the tax results ultimately desired by the parties. It remained to be seen whether the transactions came within the relevant sections of the *Income Tax Act*.

Linden J.A. refused to treat as a distinct issue the “object and spirit” of the provisions in question, stating that, instead, the interpretation of the sections should reflect their objects. The object and spirit of a section will only be practically relevant when the application of that section to factual circumstances admits of doubt, not where the meaning of the section is clear and free of ambiguity or uncertainty: *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312. In the view of Linden J.A., the purpose of the provisions at issue on this appeal was “to permit a deduction of a loss if control has not changed

juge Rip a simplement fait observer que l’objet de cette disposition était de permettre à des sociétés de déduire des pertes autres qu’en capital des revenus touchés durant les années subséquentes, que des sociétés fusionnées ont le droit de déduire les pertes des sociétés remplacées de cette manière si la société issue de la fusion est contrôlée par la même personne ou le même groupe de personnes que la société remplacée et que le «contrôle» s’entend alors du contrôle *de jure* et non pas du contrôle *de facto*. À son avis, l’opération ne contrevenait nullement à «l’objet et [à] l’esprit» de cette disposition.

Le juge Rip a donc conclu que Marr’s contrôlait effectivement Duha n° 2 le 8 février 1984, date de la fusion de Duha n° 2 et de Outdoor, et immédiatement avant cette date, et qu’elle contrôlait Duha n° 3 pendant l’année d’imposition visée par l’appel. En conséquence, l’appel a été accueilli.

B. *Cour d’appel fédérale*, [1996] 3 C.F. 78

(1) Motifs du juge Linden (auxquels a souscrit le juge en chef Isaac)

À l’instar du juge de première instance, le juge Linden n’était pas convaincu que l’opération était un trompe-l’œil. Les obligations juridiques entre les parties étaient réelles et avaient exactement l’effet qu’elles étaient censées avoir. Toutefois, cela n’était pas suffisant pour atteindre les résultats fiscaux souhaités en fin de compte par les parties. Il restait à décider si les opérations relevaient des dispositions pertinentes de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

Le juge Linden a refusé de considérer comme une question distincte «l’objet et l’esprit» des dispositions en cause, disant plutôt que l’interprétation des dispositions devrait refléter leur objet. L’objet et l’esprit d’un article ne seront utiles en pratique que lorsque l’application de cet article à des faits est douteuse, et non lorsque le sens de l’article n’est ni ambigu ni incertain: *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312. Selon le juge Linden, l’objet des dispositions dont il est question dans le présent pourvoi est «de permettre la déduction d’une perte si le contrôle n’a pas changé de

21

22

23

hands but to deny it if control has changed hands” (p. 109).

24 Linden J.A. acknowledged that control, for these purposes, means *de jure* and not *de facto* control, and that the single most important factor to consider is the voting rights attaching to shares. However, he was equally of the opinion that the scope of scrutiny under the *de jure* test has been extended “beyond a mere technical reference to the share register” (p. 109). After an exhaustive review of the case law, including cases which he interpreted as relying upon restrictions in the constating documents and “other agreements” as an indicator of *de jure* control — and, in particular, *Minister of National Revenue v. Consolidated Holding Co.*, [1974] S.C.R. 419 — Linden J.A. concluded (at p. 118) that:

... it is important to look to the legal position of the parties as displayed in the wider circumstances of the parties’ affairs. ... [T]rue *de jure* control is just what it is stated to be, control at law. Any binding instrument, therefore, must be reckoned in the analysis if it affects voting rights.

25 Linden J.A. held that, “[i]n determining issues of corporate control, the Court will look to the time in question, to legal documents pertaining to the issue, and to any actual or contingent legal obligations affecting the voting rights of shares” (p. 121). These factors, he held, “are simply facts with legal consequences, so that the distinction between *de jure* and *de facto* is not as stark as it once was” (p. 121). In his view, then, “corporate control must be real, effective legal control over the company in question” (p. 121). Such an analysis, he continued, incorporates an appreciation for various considerations which might affect the way in which shares are or could be voted. He concluded that, “if majority ownership does not allow for real legal control over a company, the *de jure* test of control will not have been met” (p. 124).

mains, mais de le refuser dans le cas contraire» (p. 109).

Le juge Linden a reconnu qu’à ces fins le contrôle s’entend du contrôle *de jure* et non pas du contrôle *de facto*, et que les droits de vote rattachés aux actions constituent le facteur primordial à considérer. Toutefois, il était également d’avis que l’analyse de l’existence d’un contrôle *de jure* dépasse «la simple considération technique du registre des actionnaires» (p. 109). Après avoir procédé à un examen exhaustif de la jurisprudence, y compris de précédents où, selon lui, l’on a considéré que des restrictions imposées dans les actes constitutifs et dans d’«autres conventions» indiquent l’existence du contrôle *de jure* — en particulier, *Ministre du Revenu national c. Consolidated Holding Co.*, [1974] R.C.S. 419 —, le juge Linden a conclu (à la p. 118) que:

... il est important de considérer la position juridique des parties telle qu’elle ressort de la description générale des affaires des parties. [...] [U]n véritable contrôle *de jure* n’est rien d’autre que ce que l’expression indique, c’est-à-dire un contrôle au sens du droit. Tout instrument contraignant doit donc être pris en compte dans l’analyse, si tel instrument influe sur les droits de vote.

Le juge Linden a décidé que, «[p]our savoir où siège le contrôle d’une société, la Cour tiendra compte de l’époque considérée, des documents juridiques pertinents et des obligations juridiques réelles ou éventuelles pouvant influencer sur les droits de vote afférents aux actions» (p. 121). Il a jugé que ces facteurs «sont simplement des faits ayant des conséquences juridiques, de telle sorte que [...] la distinction entre un contrôle *de jure* et un contrôle *de facto* n’est pas aussi nette qu’autrefois» (p. 121). Il a donc estimé que, «lorsqu’on parle du contrôle d’une société, il doit s’agir d’un contrôle juridique réel et effectif exercé sur la société en question» (p. 121). Une telle analyse, a-t-il ajouté, comporte une appréciation de divers facteurs susceptibles d’influer sur la manière dont les droits de vote rattachés aux actions sont ou pourraient être exercés. Il a conclu que, «si une participation majoritaire ne permet pas d’exercer un contrôle juridique réel sur une société, le critère du contrôle *de jure* ne sera pas satisfait» (p. 124).

Applying the law to the facts of the instant appeal, Linden J.A. held that Marr's did not control Duha No. 2 because the Agreement determined that the majority of the Board of Directors would always be nominees of the Duha family. He found that Mr. Quinton was effectively a nominee of the Duha family because he had been a longtime friend of Mr. Duha, had been a director of Duha No. 1 for ten years, and had signed the resolution authorizing the subscription by Marr's of the 2,000 Class "C" shares, the entering into the Agreement by the corporation, and the purchase of Outdoor's shares. On this basis, Linden J.A. concluded that an election of any combination of the directors listed in the Agreement assured the Duha family of control over Duha No. 2. He also noted that Duha No. 2 was worth almost \$600,000, and opined that no reasonable person would believe that a \$2,000 share purchase would actually yield control of a company of such value. In his view, it was not coincidental that the three Duha family nominees were in fact elected as directors and that Marr's did not elect its own majority shareholder to the board.

Linden J.A. was of the view that the Agreement likely qualified as a unanimous shareholder agreement ("USA") under s. 140(2) of the *Corporations Act*, given that it operated to restrict the powers of the directors both directly and indirectly. However, he also held that the Agreement did not have to meet this statutory requirement before it could be considered in a *de jure* control analysis. The Agreement, signed by all the shareholders and by Duha No. 2, was legally binding and had significantly affected how the shareholders could vote their shares. These, in his view, were the minimum conditions to be met before the Agreement could be considered in a *de jure* control examination, given that "[c]ertain cases of the Supreme Court of Canada explicitly state" (p. 125) that external agreements are not to be considered irrelevant to the issue of *de jure* control. He distinguished the case of *International Iron & Metal Co. v. Minister of National Revenue*, [1974] S.C.R. 898, aff'g [1969] C.T.C. 668, on the basis that the agreement in that case was "contrived to multiply a tax bene-

Applicant le droit aux faits de l'appel, le juge Linden a décidé que Marr's ne contrôlait pas Duha n° 2 parce que la Convention prévoyait que le conseil d'administration serait toujours composé en majorité de candidats de la famille Duha. Il a jugé que M. Quinton était, en fait, un candidat de la famille Duha parce qu'il était un ami de longue date de M. Duha, qu'il avait été administrateur de Duha n° 1 pendant dix ans et qu'il avait signé la résolution autorisant la souscription par Marr's des 2 000 actions de catégorie «C», la conclusion de la Convention par la société et l'achat d'actions de Outdoor. Il a conclu, pour cette raison, que l'élection d'une combinaison quelconque d'administrateurs énumérés dans la Convention garantirait le contrôle de Duha n° 2 par la famille Duha. Il a aussi fait remarquer que Duha n° 2 valait près de 600 000 \$ et s'est dit d'avis qu'aucune personne raisonnable ne croirait qu'un achat de 2 000 \$ d'actions conférerait réellement le contrôle d'une société d'une telle valeur. Selon lui, ce n'était pas non plus une coïncidence si les trois candidats de la famille Duha ont été effectivement élus administrateurs et que Marr's n'a pas élu comme administrateur son propre actionnaire majoritaire.

Le juge Linden était d'avis que la Convention remplissait vraisemblablement les conditions requises pour être une convention unanime des actionnaires («CUA») au sens du par. 140(2) de la *Loi sur les corporations*, étant donné qu'elle avait pour effet de restreindre les pouvoirs des administrateurs à la fois directement et indirectement. Toutefois, il a aussi conclu qu'il n'était pas nécessaire que la Convention remplisse cette condition prévue par la Loi pour qu'il en soit tenu compte dans l'analyse du contrôle *de jure*. La Convention, signée par tous les actionnaires et par Duha n° 2, était juridiquement exécutoire et avait sensiblement modifié la façon dont les actionnaires pouvaient exercer les droits de vote rattachés à leurs actions. C'étaient là, selon lui, les conditions minimales à remplir pour qu'il puisse être tenu compte de cette convention dans l'analyse du contrôle *de jure*, étant donné que «[c]ertains arrêts de la Cour suprême du Canada affirment expressément» (p. 125) que des conventions externes ne doivent pas être considérées comme non pertinentes quant

fit” (p. 126) and that the parties to whom control was supposedly transferred by the agreement were not parties to it, *per se*.

28 Moreover, there was other evidence that Marr’s did not control Duha No. 2. Linden J.A. noted that the amended articles of Duha No. 2 stated that the company could not issue new voting shares without unanimous shareholder consent and found that this meant that Marr’s could not change its restricted choice of directors by using its majority share position. He held that Marr’s ability to dissolve Duha No. 2 was not determinative and was little more than “a chimera” because, upon a dissolution, Marr’s would receive nothing beyond the stated value of its shares, would forfeit the receivable and would actually suffer a net loss.

29 Linden J.A. concluded that the intentions of the parties had been that Marr’s would not control Duha No. 2, that the legal obligations between the parties ensured that the Duha family would retain control over the company, and that this was the legal effect of the transactions. In his view (at p. 129), the appellant had “used the technicalities of revenue law and company law to conjure a legal remedy for restrictions to which it would otherwise be subject. They did not succeed.” He concluded, therefore, that Outdoor and Duha No. 2 were not related prior to the amalgamation, that Duha No. 2 never carried on the business of Outdoor as a going concern or with a reasonable expectation of profit, and that the appellant therefore could not make use of Outdoor’s non-capital losses.

(2) Reasons of Stone J.A. (Isaac C.J. concurring)

30 Like Linden J.A., Stone J.A. would have allowed the appeal, but for different reasons. In his

à la question du contrôle *de jure*. Il a établi une distinction d’avec *International Iron & Metal Co. c. Ministre du Revenu national*, [1974] R.C.S. 898, conf. [1969] C.T.C. 668, en expliquant que la convention en cause dans cette affaire avait «pour objet de multiplier un avantage fiscal» (p. 126) et que les personnes à qui la convention était censée transférer le contrôle n’étaient pas elles-mêmes parties à cette convention.

De plus, d’autres éléments de preuve établissaient que Marr’s ne contrôlait pas Duha n° 2. Le juge Linden a noté que les statuts modifiés de Duha n° 2 prévoyaient que la société ne pouvait pas émettre de nouvelles actions avec droit de vote sans le consentement unanime des actionnaires, et il a conclu que cela signifiait que Marr’s ne pouvait pas modifier son choix restreint d’administrateurs grâce à sa participation majoritaire. Il a décidé que la capacité de Marr’s de dissoudre Duha n° 2 n’était pas décisive et n’était guère plus qu’«une chimère», car, lors d’une dissolution, Marr’s ne recevrait rien de plus que la valeur comptable de ses actions, elle renoncerait à la créance et subirait en fait une perte nette.

Le juge Linden a conclu que les parties n’avaient pas voulu que Marr’s contrôle Duha n° 2, que les obligations juridiques entre les parties garantissaient que la famille Duha garderait le contrôle de la société, et que tel était l’effet juridique des opérations. À son avis (à la p. 129), l’appelante «s’est servi[e] des aspects techniques de la législation fiscale et de la législation sur les sociétés dans l’espoir d’échapper en toute légalité à des restrictions auxquelles [elle] devait se soumettre. Son plan n’a pas réussi.» Il a donc jugé que Outdoor et Duha n° 2 n’étaient pas liées avant la fusion, que Duha n° 2 n’a jamais exploité Outdoor en tant qu’entreprise en activité ou dans une expectative raisonnable de profit et que, par conséquent, l’appelante ne pouvait pas utiliser les pertes autres qu’en capital de Outdoor.

(2) Motifs du juge Stone (auxquels a souscrit le juge en chef Isaac)

À l’instar du juge Linden, le juge Stone était d’avis d’accueillir l’appel, mais pour des raisons

view, the Agreement was to be considered along with the constating documents of the corporation because it was a USA within the meaning of the *Corporations Act*. Stone J.A. noted that s. 97(1) of the *Corporations Act* gives directors the power to direct “the business and affairs of the corporation” and that s. 1(1) defines “affairs” as including “the relationships among a body corporate, its affiliates and the shareholders, directors and officers of those bodies corporate but . . . not . . . the business carried on by those bodies corporate”. He further held that, to be a USA for the purposes of s. 140(2) of the *Corporations Act*, the Agreement had to restrict the powers of the directors to manage the business and affairs of the corporation.

Stone J.A. noted that Article 2.1 of the Agreement required the shareholders to “cause the affairs of the Corporation to be managed by a board of three (3) directors” (emphasis added), and reasoned that this, by exclusion, did not leave the directors with the power to manage the business of Duha No. 2. Further, Article 6.1 of the Agreement provided for the resolution by arbitration of any dispute arising among the shareholders with respect to the “business or accounts or transactions” of the company. Ordinarily, in his view, no dispute as to the “business” of the company would arise between the shareholders, as the business of a corporation is, in the absence of a USA, to be directed by the board of directors. On this basis, he concluded that the Agreement restricted the powers of the directors and was thus a USA within the meaning of the *Corporations Act*. Thus, in his view, the Agreement had to be considered when examining *de jure* control.

In the circumstances of this case, Stone J.A. concluded that the Agreement prevented Marr’s from obtaining the *de jure* control that it otherwise might have held by virtue of owning 55.71 percent of the voting shares of Duha No. 2. Even though Marr’s could in theory determine the composition of the board of directors, its ability to elect a board that could manage only the “affairs” and not the

différentes. Selon lui, il fallait tenir compte de la Convention au même titre que les actes constitutifs de la société parce qu’elle constituait une CUA au sens de la *Loi sur les corporations*. Le juge Stone a fait remarquer que le par. 97(1) de la *Loi sur les corporations* habilite les administrateurs à gérer «l’entreprise et les affaires internes de la corporation» et que le par. 1(1) définit l’expression «affaires internes» comme s’entendant des «relations, autres que d’entreprise, entre une personne morale, les personnes morales appartenant au même groupe et leurs actionnaires, administrateurs et dirigeants». Il a conclu, en outre, que, pour constituer une CUA aux fins du par. 140(2) de la *Loi sur les corporations*, la Convention devait restreindre les pouvoirs des administrateurs de gérer l’entreprise et les affaires internes de la société.

Le juge Stone a fait observer que l’article 2.1 de la Convention obligeait les actionnaires à [TRADUCTION] «confier la gestion des affaires internes de la société à un conseil de trois (3) administrateurs» (je souligne), ce qui, selon lui, enlevait aux administrateurs le pouvoir de gérer l’entreprise de Duha n° 2. De plus, l’article 6.1 de la Convention prescrivait l’arbitrage pour régler tout différend surgissant parmi les actionnaires et se rapportant [TRADUCTION] «à l’entreprise, aux comptes ou aux opérations» de la société. D’ordinaire, a-t-il estimé, aucun différend concernant l’«entreprise» de la société ne surgirait entre les actionnaires car l’entreprise de la société doit, en l’absence de CUA, être gérée par le conseil d’administration. Pour cette raison, il a conclu que la Convention restreignait les pouvoirs des administrateurs et était donc une CUA au sens de la *Loi sur les corporations*. Il fallait donc, selon lui, tenir compte de la Convention en examinant la question du contrôle *de jure*.

Dans les circonstances de la présente affaire, le juge Stone a conclu que la Convention empêchait Marr’s d’obtenir le contrôle *de jure* qu’elle aurait par ailleurs acquis en détenant 55,71 pour 100 des actions avec droit de vote de Duha n° 2. Même si, en théorie, Marr’s pouvait décider de la composition du conseil d’administration, sa capacité d’élire un conseil en mesure de gérer seulement les

“business” of Duha No. 2 was not *de jure* control. Stone J.A. also observed that the referral to arbitration of irreconcilable differences between shareholders implied that the unanimous agreement of all shareholders, not simply a majority of votes, was required for business decisions. In this respect, Marr’s clearly lacked *de jure* control over Duha No. 2. Stone J.A. concluded, therefore, that Outdoor and Duha No. 2 had not been related before they amalgamated and that Outdoor’s losses could not be utilized by Duha No. 3.

33 While it was not necessary to the manner in which he proposed to dispose of the case, Stone J.A. also held that the transaction was not a sham, as the Minister alleged, given that the requisite element of deceit as to the true nature of the transaction was not present in the circumstances.

IV. Issues

34 The ultimate issue on this appeal is whether Duha No. 3 should have been entitled to deduct from its 1985 business income non-capital losses incurred in previous years by Outdoor, pursuant to s. 111(5) of the *Income Tax Act*. To answer this question, it will be necessary to decide whether documents other than the constating documents of a corporation should be considered in determining *de jure* control of a company for the purposes of ss. 111(5) and 251(2)(c) of the Act, and whether USAs enjoy any special status in this regard. If either or both of these questions are resolved in the affirmative, it will then be necessary to establish whether or not the Agreement was a USA within the meaning of s. 140(2) of the *Corporations Act* and, if so, whether it in fact deprived Marr’s of *de jure* control over Duha No. 2. On appeal to this Court, the Minister did not pursue the argument that the transaction was a sham.

«affaires internes» et non l’«entreprise» de Duha n° 2 ne constituait pas un contrôle *de jure*. Le juge Stone a également fait observer que le renvoi à l’arbitrage des divergences inconciliables des actionnaires impliquait que le consentement unanime de tous les actionnaires, et non simplement la majorité des voix, était requis pour les décisions d’entreprise. À cet égard, il était clair que Marr’s n’avait pas le contrôle *de jure* de Duha n° 2. Le juge Stone a donc statué que Outdoor et Duha n° 2 n’étaient pas liées avant leur fusion et que les pertes de Outdoor ne pouvaient pas être utilisées par Duha n° 3.

Quoique cela n’ait pas été nécessaire pour trancher l’affaire de la façon qu’il a proposée, le juge Stone a aussi décidé que l’opération n’était pas un trompe-l’œil, comme l’avait soutenu le Ministre, en raison de l’absence de l’élément de tromperie requis quant à la nature véritable de l’opération.

IV. Les questions en litige

En fin de compte, il s’agit en l’espèce de savoir si Duha n° 3 aurait dû, conformément au par. 111(5) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, avoir le droit de déduire de son revenu d’entreprise de 1985 les pertes autres qu’en capital subies au cours des années antérieures par Outdoor. Pour répondre à cette question, il sera nécessaire de décider s’il y a lieu de tenir compte de documents autres que les actes constitutifs d’une société pour déterminer qui détient le contrôle d’une société aux fins du par. 111(5) et de l’al. 251(2)c) de la Loi, et si les CUA ont une valeur particulière à cet égard. Si l’on répond par l’affirmative à l’une ou l’autre de ces questions, ou aux deux à la fois, il sera alors nécessaire de déterminer si la Convention était une CUA au sens du par. 140(2) de la *Loi sur les corporations* et, dans l’affirmative, si elle a, en fait, privé Marr’s du contrôle *de jure* de Duha n° 2. Lors du pourvoi devant notre Cour, le Ministre a cessé de faire valoir que l’opération était un trompe-l’œil.

V. Analysis

A. "Control" of a corporation

It has been well recognized that, under the *Income Tax Act*, "control" of a corporation normally refers to *de jure* control and not *de facto* control. This Court has repeatedly cited with approval the following test, set out by Jockett P. in *Buckerfield's, supra*, at p. 507:

Many approaches might conceivably be adopted in applying the word "control" in a statute such as the *Income Tax Act* to a corporation. It might, for example, refer to control by "management", where management and the board of directors are separate, or it might refer to control by the board of directors. . . . The word "control" might conceivably refer to *de facto* control by one or more shareholders whether or not they hold a majority of shares. I am of the view, however, that in Section 39 of the *Income Tax Act* [the former section dealing with associated companies], the word "controlled" contemplates the right of control that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the board of directors. [Emphasis added.]

Cases in which this Court has applied the foregoing test have included, *inter alia*, *Dworkin Furs, supra*, and *Vina-Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 193.

Thus, *de jure* control has emerged as the Canadian standard, with the test for such control generally accepted to be whether the controlling party enjoys, by virtue of its shareholdings, the ability to elect the majority of the board of directors. However, it must be recognized at the outset that this test is really an attempt to ascertain who is in effective control of the affairs and fortunes of the corporation. That is, although the directors generally have, by operation of the corporate law statute governing the corporation, the formal right to direct the management of the corporation, the majority shareholder enjoys the indirect exercise of this control through his or her ability to elect the board of directors. Thus, it is in reality the majority shareholder, not the directors *per se*, who is in

V. Analyse

A. Le «contrôle» d'une société

Il est bien reconnu que, sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le «contrôle» d'une société s'entend normalement du contrôle *de jure* et non pas du contrôle *de facto*. Notre Cour a cité et approuvé à maintes reprises le critère suivant, énoncé par le président Jockett dans *Buckerfield's, précité*, à la p. 507:

[TRADUCTION] On pourrait sans doute adopter de nombreuses méthodes pour la définition du mot «contrôle» figurant dans un texte tel que la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il pourrait par exemple s'agir du contrôle exercé par les «dirigeants», lorsque les dirigeants et le conseil d'administration sont distincts, ou il pourrait s'agir du contrôle exercé par le conseil d'administration. [. . .] Le mot «contrôle» pourrait peut-être s'entendre du contrôle de fait exercé par un ou plusieurs actionnaires, qu'ils détiennent ou non la majorité des actions. Je suis d'avis cependant que, dans l'article 39 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [l'ancien article traitant des sociétés associées], le mot «contrôlées» évoque le droit de contrôle auquel donne lieu le fait de détenir un nombre d'actions tel qu'il confère la majorité des voix à leur détenteur dans l'élection du conseil d'administration. [Je souligne.]

Les arrêts dans lesquels notre Cour a appliqué le critère qui précède sont notamment *Dworkin Furs, précité*, et *Vina-Rug (Canada) Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 193.

Ainsi, le contrôle *de jure* est devenu la norme canadienne, et le critère généralement admis à cet égard consiste à se demander si la partie qui détient le contrôle a, en vertu des actions qu'elle possède, la capacité d'élire la majorité des membres du conseil d'administration. Toutefois, il faut reconnaître, au départ, que ce critère est vraiment une tentative de vérifier qui exerce un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société. Autrement dit, bien que les administrateurs aient généralement, en vertu de la loi qui régit la société, le droit explicite de gérer la société, l'actionnaire majoritaire exerce indirectement ce contrôle en raison de sa capacité d'élire le conseil d'administration. Ainsi, c'est en réalité l'actionnaire majoritaire, et non pas les administra-

effective control of the corporation. This was expressly recognized by Jackett P. when setting out the test in *Buckerfield's*. Indeed, the very authority cited for the test was the following dictum of Viscount Simon, L.C., in *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13, at p. 15:

The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes. [Emphasis added.]

37 Viewed in this light, it becomes apparent that to apply formalistically a test like that set out in *Buckerfield's*, without paying appropriate heed to the reason for the test, can lead to an unfortunately artificial result. The task before this Court, then, is to determine whether, just prior to the amalgamation, Marr's was in effective control of the affairs and fortunes of Duha No. 2 by virtue of its majority shareholdings.

38 There is no real dispute between the parties that the *de jure* control test is applicable in the present circumstances. Rather, the dispute is as to which factors may be considered in assessing *de jure* control. In the submission of the appellant, both Linden and Stone J.J.A. erred in their respective applications of the test: Linden J.A. by holding that this Court has widened the test such that bare contractual agreements between shareholders may be considered, and Stone J.A. by concluding that the agreement here in question was a unanimous shareholder agreement within the definition of that term in the *Corporations Act*, and that a USA may be considered in assessing *de jure* control for the purposes of ss. 111(5) and 251(2)(c) of the *Income Tax Act*. I will examine each of these submissions in turn.

(1) External agreements

39 In his reasons, after reviewing a number of authorities, Linden J.A. concluded (at p. 118) that

teurs eux-mêmes, qui exerce un contrôle effectif sur la société. Le président Jackett a reconnu expressément cela en énonçant le critère de l'arrêt *Buckerfield's*. En fait, la source invoquée à l'appui de ce critère est l'opinion incidente suivante que le lord chancelier, le vicomte Simon, a exprimée dans *British American Tobacco Co. c. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13, à la p. 15:

[TRADUCTION] Les détenteurs de la majorité des voix dans une société sont ceux qui exerce un contrôle effectif sur ses affaires et ses destinées. [Je souligne.]

Vue sous cet angle, il devient évident que l'application formaliste d'un critère comme celui énoncé dans *Buckerfield's*, qui ne tient pas compte suffisamment de la raison d'être de ce critère, peut mener à un résultat malheureusement artificiel. Il revient donc à notre Cour de déterminer si, juste avant la fusion, Marr's exerçait un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de Duha n° 2 en raison de sa participation majoritaire dans la société.

L'applicabilité du critère du contrôle *de jure* en l'espèce ne fait pas vraiment l'objet de contestation entre les parties. Le différend porte plutôt sur les facteurs qui peuvent être pris en considération pour déterminer s'il y a un contrôle *de jure*. Selon l'appelante, les juges Linden et Stone ont tous deux appliqué ce critère de façon erronée: le juge Linden en décidant que notre Cour avait élargi le critère de manière à pouvoir tenir compte de simples ententes contractuelles entre actionnaires, et le juge Stone en concluant que la convention dont il est question en l'espèce était une convention unanime des actionnaires au sens de la *Loi sur les corporations* et qu'une CUA peut être prise en considération pour évaluer le contrôle *de jure* aux fins du par. 111(5) et de l'al. 251(2)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Je vais examiner chacun de ces deux arguments à tour de rôle.

(1) Conventions externes

Dans ses motifs, le juge Linden, après avoir étudié un certain nombre de précédents, a conclu (à la p. 118) que

true *de jure* control is just what it is stated to be, control at law. Any binding instrument, therefore, must be reckoned in the analysis if it affects voting rights.

In the view of Linden J.A. (at p. 118) “it is important to look to the legal position of the parties as displayed in the wider circumstances of the parties’ affairs”. But while this might seem a sensible approach at first glance, I can find no general support in the extensive authorities cited for Linden J.A.’s application of it.

The general approach to the determination of control, as I have already noted, has been to examine the share register of the corporation to ascertain which shareholder, if any, possesses the ability to elect a majority of the board of directors and, therefore, has the type of power contemplated by the *Buckerfield’s* test, *supra*. The case law seems to point only to limited circumstances in which other documents may be examined, and then only to a narrow range of documents which may be considered. In my view, this is readily apparent even in the case law cited by Linden J.A. in support of the opposite position, which I shall now briefly discuss.

The first case in which the *Buckerfield’s* test was applied by this Court was *Dworkin Furs*, *supra*. Of the five appeals decided together in *Dworkin Furs*, the one that is most relevant to the instant case is *Aaron’s Ladies Apparel Ltd.*, which involved a provision in the articles of association of the corporation which required the unanimous consent of all shareholders or directors, as the case may be, for the successful passage of any resolution. A group of shareholders held two-thirds of the total voting shares of the corporation, and the issue before the Court was whether the aforementioned provision deprived this group of *de jure* control. Hall J., writing for the Court, held that the provision did nullify the shareholders’ control of the company (at p. 236):

un véritable contrôle *de jure* n’est rien d’autre que ce que l’expression indique, c’est-à-dire un contrôle au sens du droit. Tout instrument contraignant doit donc être pris en compte dans l’analyse, si tel instrument influe sur les droits de vote.

Selon le juge Linden (à la p. 118), «il est important de considérer la position juridique des parties telle qu’elle ressort de la description générale des affaires des parties». Mais si ce point de vue pouvait sembler raisonnable à première vue, j’estime que la jurisprudence abondante citée par le juge Linden n’appuie pas en général l’application qu’il en a fait.

Comme je l’ai déjà souligné, la façon générale de déterminer où se situe le contrôle consiste à examiner le registre des actionnaires de la société pour vérifier quel actionnaire, s’il en est, est en mesure d’élire la majorité des membres du conseil d’administration et possède donc le type de pouvoir envisagé par le critère de l’arrêt *Buckerfield’s*, précité. Il semble ressortir de la jurisprudence qu’il n’est possible d’examiner d’autres documents que dans des circonstances limitées et qu’il n’est alors possible d’examiner qu’une gamme restreinte de documents. À mon avis, c’est aussi ce qui se dégage clairement même de la jurisprudence que le juge Linden cite à l’appui du point de vue contraire, que je vais maintenant analyser brièvement.

La première affaire dans laquelle le critère de *Buckerfield’s* a été appliqué par notre Cour est l’arrêt *Dworkin Furs*, précité. Parmi les cinq pourvois tranchés simultanément par cet arrêt, le plus pertinent relativement à la présente affaire est *Aaron’s Ladies Apparel Ltd.*, qui portait sur une disposition des statuts de la société exigeant le consentement unanime de tous les actionnaires ou administrateurs, selon le cas, pour qu’une résolution soit adoptée. Un groupe d’actionnaires détenait les deux tiers des actions avec droit de vote de la société et la question soumise à la Cour était de savoir si la disposition susmentionnée privait ce groupe du contrôle *de jure*. Le juge Hall a conclu, au nom de notre Cour, que cette disposition annulait effectivement le contrôle de la société par les actionnaires (à la p. 236):

Control of a company within *Buckerfield* rests with the shareholders as such and not as directors. A contract between shareholders to vote in a given or agreed way is not illegal. The Articles of Association are in effect an agreement between the shareholders and binding upon all shareholders. Article 6 in question here was neither illegal nor *ultra vires*.

42

In his reasons, Linden J.A. appears to have taken this statement to support the proposition that the court is entitled to consider ordinary contracts between shareholders to assess control. However, the flaw in this interpretation is immediately obvious: in *Dworkin Furs*, Hall J. was dealing not with an “ordinary” contractual arrangement but with a provision of the company’s articles of association, one of its constating documents. It is entirely proper to look beyond the share register when the constating documents provide for something unusual which alters the control of the company. To consider every legally binding arrangement between shareholders as such, however, is another matter entirely. As I will explain in more detail below, the distinction between contractually binding agreements outside the constating documents on the one hand, and legally binding provisions within the constating documents on the other, is crucial. With respect, Linden J.A.’s interpretation of *Dworkin Furs* cannot be sustained. In fact, Gibson J. in *International Iron & Metal Co. v. Minister of National Revenue*, [1969] C.T.C. 668 (Ex. Ct.), expressly distinguished the shareholders’ agreement there at issue from the “contract” considered in *Dworkin Furs*, which was “part of the constitution of the Company” (p. 674).

43

Attempted analogies to other cases cited by Linden J.A. suffer from similar frailties. For example, Linden J.A. cites *Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue*, 69 D.T.C. 5122 (Ex. Ct.), aff’d 71 D.T.C. 5202 (S.C.C.), as standing for the proposition that *de jure* control is to be determined in light of the overall voting structure of the company, including “the effect of any restrictions imposed on the decision-making powers of the directors by the memorandum, the Arti-

[TRADUCTION] Le contrôle d’une société dans le contexte de *Buckerfield* appartient aux actionnaires en tant que tels et non en tant qu’administrateurs. Il n’est pas illégal pour des actionnaires de s’entendre pour voter de telle ou telle manière. Les statuts forment eux-mêmes une entente entre les actionnaires, et ils lient tous les actionnaires. L’article 6 dont il s’agit ici n’était pas illégal et ne constituait pas un excès de pouvoir.

Dans ses motifs, le juge Linden semble s’appuyer sur ces propos pour affirmer que la cour a le droit de tenir compte des contrats ordinaires entre les actionnaires pour évaluer le contrôle. Toutefois, la faiblesse de cette interprétation saute aux yeux: dans *Dworkin Furs*, le juge Hall traitait non pas d’une entente contractuelle «ordinaire», mais d’une disposition des statuts de la société, c’est-à-dire de l’un de ses actes constitutifs. Il est parfaitement légitime d’aller au-delà du registre des actionnaires quand les actes constitutifs comprennent une disposition inusitée qui modifie le contrôle de la société. Cependant, examiner chaque entente qui lie juridiquement les actionnaires est une tout autre chose. Comme je vais l’expliquer plus loin, la distinction entre, d’une part, les ententes contractuelles obligatoires, autres que les actes constitutifs, et d’autre part, les dispositions juridiquement obligatoires qui sont contenues dans les actes constitutifs est cruciale. En toute déférence, l’interprétation que donne le juge Linden de l’arrêt *Dworkin Furs* ne saurait être maintenue. En fait, dans *International Iron & Metal Co. c. Minister of National Revenue*, [1969] C.T.C. 668 (C. de l’É.), le juge Gibson a expressément distingué la convention des actionnaires en cause dans cette affaire d’avec le «contrat» examiné dans *Dworkin Furs*, qui [TRADUCTION] «faisait partie des actes constitutifs de la société» (p. 674).

Les analogies que l’on tente d’établir avec les autres causes citées par le juge Linden comportent les mêmes faiblesses. Par exemple, le juge Linden cite *Donald Applicators Ltd. c. Minister of National Revenue*, 69 D.T.C. 5122 (C. de l’É.), conf. par 71 D.T.C. 5202 (C.S.C.), comme établissant que le contrôle *de jure* doit être apprécié en fonction de la structure globale des droits de vote au sein de la société, dont «l’effet des restrictions imposées sur les pouvoirs décisionnels des admi-

cles, and by any shareholders agreements” (pp. 115-16). In fact, Thurlow J. (as he then was) made no reference whatsoever in that case to shareholders’ agreements as an indicator of *de jure* control, restricting his analysis and comments, at p. 5125, only to the memorandum and articles of the company.

What does emerge, however, from *Donald Applicators*, is the notion that, in determining *de jure* control, the court is not limited to a strictly technical and narrow interpretation of the share register and associated share rights of a corporation. Rather, as this Court confirmed in *The Queen v. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 288, at p. 295, “these rights must be assessed in their impact ‘over the long run’”. However, this view of control, at least as enunciated by Thurlow J. in *Donald Applicators*, still depends upon the share rights and other powers granted by the corporate constitution, not upon any external shareholders’ agreement. *Donald Applicators* turned on the power of the shareholders to pass any ordinary resolution as well as special resolutions by which they could remove the powers of the directors and reserve decisions to their particular class of shareholders. Given that extensive power, it could not be said that the particular shareholders lacked *de jure* control “in the long run”. However, as shall be seen, the question of control “in the long run” does not arise in the instant case, as the majority shareholder group retained the immediate voting power to elect directors.

Similarly, in *Imperial General Properties*, *supra*, the issue of control arose following a corporate reorganization which saw the original majority owners of the corporation create non-participating preference shares which were issued to another group of shareholders. While each class of shareholders then held 50 percent of voting shares, meaning that neither enjoyed clear majority control, the corporate constitution provided that a 50

nistrateurs par les statuts de la société et par les conventions des actionnaires» (p. 116). En réalité, le juge Thurlow (plus tard Juge en chef) n’a aucunement affirmé dans cet arrêt que les conventions des actionnaires étaient un indice du contrôle *de jure*, limitant son analyse et ses observations, à la p. 5125, à l’acte constitutif et aux statuts de la société.

Cependant, l’idée qui se dégage de *Donald Applicators* est que, pour déterminer l’existence du contrôle *de jure*, la cour n’a pas à s’en tenir à une interprétation strictement formaliste et étroite du registre des actionnaires et des droits qui sont liés aux actions d’une société. Au contraire, comme notre Cour l’a confirmé dans *La Reine c. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 288, à la p. 295, «ces droits doivent s’évaluer selon leur effet “à long terme”». Toutefois, cette conception du contrôle, du moins telle qu’énoncée par le juge Thurlow dans *Donald Applicators*, repose tout de même sur les droits liés aux actions et aux autres pouvoirs conférés par les actes constitutifs de la société, et non sur quelque convention externe des actionnaires. L’arrêt *Donald Applicators* reposait sur le pouvoir des actionnaires d’adopter des résolutions ordinaires, ainsi que des résolutions spéciales leur permettant de retirer aux administrateurs leurs pouvoirs et de réserver les décisions à prendre à leur propre catégorie d’actionnaires. Compte tenu de ce vaste pouvoir, on ne pouvait dire que les actionnaires en question n’avaient pas «à long terme» le contrôle *de jure*. Toutefois, comme nous le verrons, la question du contrôle «à long terme» ne se pose pas en l’espèce, car le groupe des actionnaires majoritaires conservait le droit immédiat de voter dans l’élection des administrateurs.

De même, dans l’arrêt *Imperial General Properties*, précité, la question du contrôle s’est posée à la suite d’une réorganisation de la société au cours de laquelle les premiers propriétaires majoritaires de la société ont créé des actions privilégiées non participantes qui ont été émises à un autre groupe d’actionnaires. Même si chaque catégorie d’actionnaires détenait alors 50 pour 100 des actions avec droit de vote, de sorte que ni l’une ni l’autre ne

percent vote was sufficient to wind up the company, in which case the assets of the corporation would be distributed only among the common shareholders. Therefore, Estey J., writing for the majority of this Court, held that the common shareholders had a clear advantage over the preferred shareholders and thus enjoyed *de jure* control. While the apparent equality of voting power in this case made it necessary for the majority to resort to the constating documents of the corporation to assess the reality of the situation, Estey J., at p. 298, made clear that this was no extraordinary step in the law:

The approach to "control" here taken does not involve any departure from prior judicial pronouncements nor does it involve any "alteration" of the existing statute. The conclusions reached above merely result from applying existing case law and existing legislation to the particular facts of the case at bar. The application of the "control" concept, as earlier enunciated by the courts, to the circumstances now before the court is, in my view, the ordinary progression of the judicial process and in no way amounts to a transgression of the territory of the legislator.

46 With this admonition in mind, I do not believe that *Imperial General Properties* assists the Minister's case. The approach taken by the majority in deciding the case flows logically from its facts, and, in particular, the voting equality that was apparent on the share register. Indeed, the limitation of this case to the corporate structure and combination of share interests of its particular circumstances was explicitly acknowledged by Estey J. at p. 298. No such parity of shareholding is present in the circumstances of the instant appeal. In addition, in the emphatic words of Wilson J., dissenting (McIntyre J. and Lamer J., as he then was, concurring), at pp. 307-8:

Although the scope of scrutiny under the *de jure* test has been extended beyond a mere examination of the share register in order to determine who really has voting control, there has been no deviation from the princi-

détenait clairement le contrôle conféré par la majorité des voix, les actes constitutifs de la société prévoyaient que 50 pour 100 des voix suffisaient pour mettre la société en liquidation et que, le cas échéant, l'actif de la société ne serait réparti qu'entre les actionnaires ordinaires. En conséquence, le juge Estey a conclu, au nom de notre Cour à la majorité, que les actionnaires ordinaires avaient un net avantage sur les actionnaires privilégiés et qu'ils détenaient donc le contrôle *de jure*. Même si l'égalité apparente des droits de vote dans cette affaire a obligé les juges majoritaires à recourir aux actes constitutifs de la société pour évaluer la situation réelle, le juge Estey a précisé, à la p. 298, qu'il ne s'agissait pas là d'une mesure extraordinaire du droit:

La façon d'aborder le mot «contrôle» adoptée en l'espèce ne comporte aucune dérogation à la jurisprudence antérieure ni aucune «modification» de la loi existante. Les conclusions tirées plus haut résultent simplement de l'application de la jurisprudence et des textes législatifs existants aux faits particuliers de l'espèce. L'application du concept du «contrôle», selon les arrêts antérieurs des tribunaux, aux circonstances soumises à cette Cour, constitue, à mon avis, un cheminement normal du processus judiciaire et n'équivaut d'aucune manière à une incursion dans le domaine du législateur.

Gardant cet avertissement à l'esprit, je ne crois pas que l'arrêt *Imperial General Properties* soit utile à la thèse du Ministre. Le point de vue adopté par les juges majoritaires pour trancher l'affaire découle logiquement des faits de cette dernière et, en particulier, de l'égalité des droits de vote qui ressortait du registre des actionnaires. En fait, le juge Estey a reconnu explicitement, à la p. 298, que l'affaire était limitée à ses circonstances particulières, à savoir la structure de la société et la combinaison de participations à son capital-actions. Dans les circonstances du présent pourvoi, il n'y a pas d'égalité de participation dans la société. De plus, pour reprendre les propos catégoriques du juge Wilson, dissidente (avec l'appui du juge McIntyre et du juge Lamer, maintenant Juge en chef), aux pp. 307 et 308:

Bien que la portée de l'analyse ait été étendue, par application du critère du contrôle de droit, au delà du simple examen du registre des actionnaires pour déterminer qui détient réellement la majorité des voix, il n'y

ple that voting control is the proper *indicium* of control until [*Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 1032]. I am of the view, therefore, that the decision in *Oakfield* is anomalous and should not be followed. For the courts suddenly to change direction in face of well-settled and long-standing authority in our tax jurisprudence is, in my view, quite inappropriate. . . . I do not think that this is a suitable area for judicial creativity. People plan their personal and business affairs on the basis of the existing law and they are entitled to do so.

Apart from whether or not it is good authority in light of the foregoing dictum of Wilson J., *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 1032, which was also cited by Linden J.A. in the instant appeal, is, in my view, clearly distinguishable from the case at bar. In that case, as in *Imperial General Properties*, the Court had recourse to the constating documents of the corporation only because there was no other clear indicator of *de jure* control, as each of two shareholder groups held 50 percent of the overall voting shares of the company. Therefore, the Court considered the share rights attached to each class of shares and concluded that, because the holders of one class had the power to dissolve the company and to receive all surplus upon its dissolution, that class had *de jure* control even though its voting power was no greater than that of the other class. Perhaps more importantly, though, there is no indication that the Court in either case looked to any external shareholder agreement as an *indicium* of control; rather, only the specifics of the constating documents were considered.

Equally distinguishable, in my view, are *Consolidated Holding*, *supra*, and *The Queen v. Lusita Holdings Ltd.*, 84 D.T.C. 6346 (F.C.A.), two cases in which the courts considered documents other than the constating documents only because the majority of the shares in the companies in question were held by trustees. It was therefore necessary to

a pas eu, jusqu'à l'arrêt [*Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1971] R.C.S. 1032], de dérogation au principe selon lequel la majorité des voix est le véritable indice du contrôle. Je suis donc d'avis que l'arrêt *Oakfield* est anormal et qu'il ne doit pas être suivi. À mon avis, il n'est pas du tout approprié que les tribunaux changent soudainement d'orientation à l'égard d'un principe bien établi depuis longtemps dans notre jurisprudence fiscale. [. . .] [J]e ne crois pas qu'il s'agit d'un domaine qui se prête à la créativité judiciaire. Les gens planifient leurs affaires personnelles et commerciales en fonction du droit existant et ils ont le droit de le faire.

Indépendamment de la question de savoir si l'arrêt *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1971] R.C.S. 1032, est bien fondé compte tenu de l'opinion incidente précitée du juge Wilson, j'estime que cet arrêt, qui a également été cité par le juge Linden en l'espèce, peut nettement être distingué de la présente affaire. Dans cet arrêt, comme dans *Imperial General Properties*, la Cour n'a eu recours aux actes constitutifs de la société que parce qu'il n'y avait aucun autre indice clair de contrôle *de jure*, vu que chacun des deux groupes d'actionnaires détenait 50 pour 100 de l'ensemble des actions avec droit de vote de la société. Par conséquent, la Cour a examiné les droits liés à chaque catégorie d'actions et a conclu que, puisque les détenteurs d'une catégorie avaient le pouvoir de dissoudre la société et de recevoir tout excédent existant au moment de la dissolution, cette catégorie d'actionnaires exerçait le contrôle *de jure*, même si le nombre des droits de vote qu'elle détenait n'était pas supérieur à celui de l'autre catégorie. Ce qui est peut-être plus important, toutefois, c'est que rien n'indique que la Cour, dans l'une ou l'autre affaire, a considéré quelque convention externe des actionnaires comme un indice de contrôle; au contraire, seul les détails des actes constitutifs ont été pris en considération.

J'estime qu'une distinction peut aussi être établie d'avec les arrêts *Consolidated Holding*, précité, et *La Reine c. Lusita Holdings Ltd.*, 84 D.T.C. 6346 (C.A.F.), dans lesquels les tribunaux ont tenu compte de documents autres que les actes constitutifs pour la seule raison que la majorité des actions des sociétés en cause étaient détenues par des fidu-

examine the trust instruments in order to determine what, if any, limitations existed on the trustees' powers to vote the shares. As it happened, in both cases, the trustees could be constrained in their voting of the shares by the actions of their co-trustees: in *Consolidated Holding*, the will of the deceased shareholder provided that "the views, discretion or direction of any two of my trustees shall be binding upon the other of my trustees" (p. 422), while in *Lusita Holdings* it was found as a fact by Stone J.A. that "[t]he right to control the voting rights resided in the co-trustees and not in either of them" (p. 6348).

49 These factors, in my view, clearly demonstrate the distinction between a trust instrument and other external documents for the purposes of assessing *de jure* control. A trust imposes upon the trustee a fiduciary obligation to act within the terms of the trust instrument and for the benefit of the beneficiary. That is, the trustee is not free to act other than in accordance with the trust document, and if the trust document imposes limitations upon the capacity of the trustee to vote the shares then these must accordingly be taken into account in the *de jure* control analysis. By contrast, any limitations which might be imposed by an outside agreement are limitations freely agreed to by the shareholders, and not at all inconsistent with their *de jure* power to control the company. In other words, limitations on the voting powers of trustees must be seen as limitations on their capacity as free actors in the circumstances. No such limitations encumber the ordinary shareholder in his or her exercise of *de jure* control, even if an outside agreement exists to limit actual or *de facto* control.

50 In any event, I certainly do not think it can be said that *Consolidated Holding* supports the very broad proposition gleaned from it by Linden J.A. (at p. 118), that "[a]ny binding instrument . . . must be reckoned in the analysis if it affects voting

ciaires. Il était donc nécessaire d'examiner les actes de fiducie pour décider si les droits de vote des fiduciaires étaient assujettis à des restrictions et, le cas échéant, quelles étaient ces restrictions. Il s'est trouvé que, dans les deux cas, l'exercice par les fiduciaires de leurs droits de vote rattachés aux actions pouvait être limité par les actes de leurs cofiduciaires: dans *Consolidated Holding*, le testament de l'actionnaire décédé prévoyait que [TRADUCTION] «les vues, bon plaisir et directives de deux de [ses] fiduciaires, quels qu'ils soient, lient le troisième de [ses] fiduciaires» (p. 422), alors que, dans *Lusita Holdings*, le juge Stone a constaté le fait que «[l]e droit de contrôler les droits de vote appartenait aux cofiduciaires et n'était pas l'apanage d'un seul» (p. 6348).

Je suis d'avis que ces facteurs démontrent clairement la distinction qui s'impose, dans l'appréciation du contrôle *de jure*, entre un acte de fiducie et d'autres documents externes. Une fiducie impose au fiduciaire l'obligation d'agir conformément aux dispositions de l'acte de fiducie et au profit du bénéficiaire. Autrement dit, le fiduciaire n'est pas libre d'agir autrement qu'en conformité avec l'acte de fiducie et, si cet acte de fiducie impose des restrictions à sa capacité d'exercer les droits de vote rattachés aux actions, alors il faut prendre ces restrictions en considération dans l'analyse du contrôle *de jure*. Par contre, toute restriction qui pourrait être imposée par un document externe est une restriction à laquelle les actionnaires ont consenti librement et n'est pas du tout incompatible avec leur pouvoir *de jure* de contrôler la société. En d'autres termes, les restrictions imposées aux droits de vote des fiduciaires doivent être considérées comme une restriction de leur capacité d'agir librement dans les circonstances. Aucune restriction de cette nature ne vient entraver l'exercice du contrôle *de jure* par l'actionnaire ordinaire, même si une convention externe vient restreindre le contrôle réel ou *de facto*.

De toute façon, je ne crois sûrement pas qu'il soit possible d'affirmer que l'arrêt *Consolidated Holding* étaye la proposition très générale qu'en a tirée le juge Linden (à la p. 118), selon laquelle «[t]out instrument contraignant doit [. . .] être pris

rights.” For precisely the reasons expressed by Wilson J. in the above-quoted passage of her dissent in *Imperial General Properties*, and in keeping with the approach taken by courts since *Buckerfield’s*, it is clear that the general test for *de jure* control remains majority voting control over the corporation, as manifested by the ability to elect the directors of the corporation. While this Court has occasionally been willing to examine factors other than the share register of the company, its assessment has been restricted only to the constating documents, not external agreements. The only exception to this rule has been in cases like *Consolidated Holding*, where the shareholders’ very capacity to act has been limited by external documents, but this has to date been manifested only in cases where the shares are held by trustees.

Thus, I would conclude that, as a general rule, external agreements are not to be taken into account as determinants of *de jure* control. This is consistent with the relatively recent decision of the Alberta Court of Queen’s Bench in *Harvard International Resources Ltd. v. Provincial Treasurer of Alberta*, 93 D.T.C. 5254, in which Hutchinson J. declined to interpret the reasons of Estey J. in *Imperial General Properties*, *supra*, as inviting the consideration of agreements other than constating documents, other than possibly as an indicium of *de facto* control. For Linden J.A. to rest his disposition of the instant case on the basis that, in determining issues of corporate control, “the Court will look to the time in question, to legal documents pertaining to the issue, and to any actual or contingent legal obligations affecting the voting rights of shares” (p. 121) was, with respect, inconsistent with the Canadian jurisprudence in this area.

Moreover, as Wilson J. correctly observed in her dissent in *Imperial General Properties*, *supra*, taxpayers rely heavily on whatever certainty and predictability can be gleaned from the *Income Tax*

en compte dans l’analyse, si tel instrument influe sur les droits de vote.» Exactement pour les mêmes motifs que ceux exprimés par le juge Wilson dans le passage précité de sa dissidence dans *Imperial General Properties*, et conformément au point de vue adopté par les tribunaux depuis *Buckerfield’s*, il est clair que le critère général du contrôle *de jure* reste le contrôle conféré par la majorité des voix dans la société, que traduit la capacité d’élire les administrateurs de cette dernière. Quoique notre Cour ait parfois été disposée à examiner d’autres facteurs que le registre des actionnaires de la société, son examen a porté seulement sur les actes constitutifs et non sur des conventions externes. La seule exception à cette règle se trouve dans des affaires comme *Consolidated Holding*, où la capacité même d’agir était limitée par des documents externes, mais jusqu’à ce jour, elle ne s’est manifestée que dans des cas où les actions étaient détenues par des fiduciaires.

Je suis donc d’avis de conclure qu’en règle générale les conventions externes ne doivent pas être prises en considération comme constituant des facteurs déterminants quant au contrôle *de jure*. Cela est compatible avec la décision assez récente de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta *Harvard International Resources Ltd. c. Provincial Treasurer of Alberta*, 93 D.T.C. 5254, dans laquelle le juge Hutchinson a refusé d’interpréter les motifs du juge Estey dans *Imperial General Properties*, précité, comme invitant à considérer des conventions autres que des actes constitutifs, autrement que comme des indices possibles de contrôle *de facto*. En toute déférence, il n’était pas compatible avec la jurisprudence canadienne en la matière que le juge Linden tienne pour acquis, afin de statuer sur la présente affaire, que, pour savoir où est situé le contrôle d’une société, «la Cour tiendra compte de l’époque considérée, des documents juridiques pertinents et des obligations juridiques réelles ou éventuelles pouvant influencer sur les droits de vote afférents aux actions» (p. 121).

En outre, comme le juge Wilson l’a fait remarquer à juste titre dans la dissidence qu’elle a exprimée dans *Imperial General Properties*, précité, les contribuables comptent beaucoup sur la certitude

Act. As such, a simple test such as that which has been followed since *Buckerfield's* is most desirable. If the distinction between *de jure* and *de facto* control is to be eliminated at this time, this should be left to Parliament, not to the courts. In fact, while it is not directly relevant to the outcome of this appeal, I would observe nonetheless that Parliament has now recognized the distinction between *de jure* and *de facto* control, adopting the latter as the new standard for the associated corporation rules by means of s. 256(5.1) of the *Income Tax Act*, enacted in 1988.

53 In addition, I do not think that the respondent's case is assisted by the decision of the Tax Court of Canada in *Alteco Inc. v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2087. *Alteco* concerned an agreement which provided, *inter alia*, that no shares in the corporation could be sold or pledged without unanimous shareholder consent, that the five-member board of the company could not be altered without unanimous consent, and that the minority (49 percent) shareholder was entitled to three of the five seats on the board. This agreement was indeed considered in deciding that the minority shareholder enjoyed *de jure* control over the company. But two significant distinctions separate *Alteco* from the case at bar. For one, Bell J.T.C.C. found that the agreement at issue in *Alteco* was a "unanimous shareholder agreement" within the definition of that term in the Saskatchewan *Business Corporations Act*. While it may be that the agreement in the present case was also a USA, a possibility which I shall consider below, this was not the basis for the reasoning of Linden J.A., and it simply cannot be said that giving effect to a USA as a determinant of *de jure* control necessarily opens the door to the consideration of all shareholder agreements for this purpose.

54 Secondly, the agreement in *Alteco* guaranteed the minority shareholder a majority of seats on the board of directors. As I see it, it is not clear in the

et la prévisibilité que peut offrir la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il est donc tout à fait souhaitable d'utiliser un critère simple comme celui qui a été appliqué depuis *Buckerfield's*. Si la distinction entre le contrôle *de jure* et le contrôle *de facto* doit être éliminée à ce moment-ci, il devrait appartenir au Parlement, et non aux tribunaux, de le faire. En fait, bien que cela ne soit pas directement pertinent quant à l'issue du présent pourvoi, je ferais observer néanmoins que le Parlement a reconnu la distinction entre le contrôle *de jure* et le contrôle *de facto*, en retenant ce dernier comme étant la nouvelle norme des règles de la société associée, au moyen du par. 256(5.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* adopté en 1988.

De plus, je ne crois pas que la décision de la Cour canadienne de l'impôt *Alteco Inc. c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2087, soit utile à la thèse de l'intimée. L'affaire *Alteco* portait sur une convention qui prévoyait, notamment, qu'aucune action de la société ne pouvait être vendue ou donnée en gage sans le consentement unanime des actionnaires, que la composition de cinq membres du conseil ne pouvait pas être modifiée sans consentement unanime et que l'actionnaire minoritaire (49 pour 100) avait droit à trois des cinq sièges au conseil. Cette convention a vraiment été prise en considération pour décider que l'actionnaire minoritaire avait le contrôle *de jure* de la société. Mais *Alteco* se distingue, à deux égards importants, de la présente affaire. Premièrement, le juge Bell a décidé que la convention en cause était une «convention unanime des actionnaires» au sens de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan. Bien qu'il se puisse que la convention en cause dans la présente affaire ait été aussi une CUA — une possibilité que je vais étudier plus loin —, le raisonnement du juge Linden n'était pas fondé sur ce facteur et on ne peut tout simplement pas affirmer qu'en reconnaissant une CUA comme facteur déterminant du contrôle *de jure*, on autorise nécessairement la prise en compte de toutes les conventions d'actionnaires à cette fin.

Deuxièmement, la convention dans *Alteco* garantissait à l'actionnaire minoritaire la majorité des sièges au conseil d'administration. Selon moi,

case at bar that either party enjoyed this type of guaranteed control. While it is true that Marr's could only elect one direct nominee of its own, it would have been possible, as the trial judge found, for it to elect its own nominee, one Duha nominee, and Paul Quinton, who could not be said to be a nominee of either party. While Mr. Quinton was a longtime friend of the Duha family and a director of Duha No. 1, he was also a friend of William Marr and no actual evidence was adduced to suggest that his loyalties lay with the Duhas. If anything, this assessment must have come down to a question of credibility, and with respect, it was not open to Linden J.A. to interfere with such a finding of the trial judge in the absence of palpable and overriding error. In any event, however, the major concern of the *de jure* test is to ascertain which shareholder or shareholders have the voting power to elect a majority of the directors. The test neither requires nor permits an inquiry into whether a given director is the nominee of any shareholder, or any relationship or allegiance between the directors and the shareholders.

Therefore, as I have indicated, I conclude that Linden J.A. erred in considering the Agreement for the purposes of ascertaining *de jure* control, even assuming, for the sake of argument only, that he was correct in treating it as an ordinary shareholders' agreement. This determination is generally to be restricted to the share register of the company, as is clear from *Buckerfield's* and the related case law. However, as I have already mentioned, it would be unduly artificial to restrict the analysis in this way if something exists in the corporate constitution of the company to alter the picture of *de jure* control. Thus, to ensure an accurate result, the share register should be read in light of the relevant corporate law legislation (in this case, the *Corporations Act*) and the constating documents of the corporation. External agreements,

il n'est pas évident, en l'espèce, que l'une ou l'autre des parties détenait ce type de contrôle garanti. Même s'il est vrai que Marr's ne pouvait élire qu'un seul de ses candidats directs, il lui aurait été possible, comme l'a conclu le juge de première instance, d'élire son propre candidat, un candidat de Duha, et Paul Quinton, qui ne pouvait être considéré comme un candidat de l'une ou l'autre partie. Quoique M. Quinton ait été un ami de longue date de la famille Duha et qu'il ait été administrateur de Duha n° 1, il était aussi un ami de William Marr et on n'a produit aucune preuve laissant croire qu'il était du côté des Duha. Quoiqu'il en soit, cette appréciation doit nécessairement s'être résumée à une question de crédibilité et, en toute déférence, il n'était pas loisible au juge Linden de modifier cette conclusion du juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et dominante. De toute façon, cependant, le critère du contrôle *de jure* est principalement axé sur la question de savoir quel actionnaire ou quels actionnaires ont les droits de vote requis pour élire la majorité des administrateurs. Ce critère n'exige pas et ne permet pas non plus d'examiner si un administrateur donné est le candidat d'un actionnaire, ou encore s'il existe un lien ou une allégeance entre les administrateurs et les actionnaires.

En conséquence, comme je l'ai indiqué, je conclus que le juge Linden a commis une erreur en tenant compte de la Convention pour vérifier qui détenait le contrôle *de jure*, même en supposant, pour les fins de la discussion seulement, qu'il a jugé à bon droit qu'elle était une convention ordinaire des actionnaires. Cette décision doit généralement être confinée au registre des actionnaires, comme il ressort clairement de l'arrêt *Buckerfield's* et de la jurisprudence connexe. Cependant, comme je l'ai déjà mentionné, il serait trop artificiel de limiter ainsi l'analyse s'il y a quelque chose dans les actes constitutifs de la société qui vient modifier la situation du contrôle *de jure*. Donc, pour garantir l'exactitude du résultat, le registre des actionnaires devrait être lu en fonction des mesures législatives pertinentes régissant les sociétés (en l'occurrence la *Loi sur les corporations*) et des actes constitutifs de la société. Les conventions externes n'ont cependant pas leur

however, have no place in this analysis; they are relevant only to *de facto* control.

place dans cette analyse; elles ne sont pertinentes que relativement au contrôle *de facto*.

56 Of course, all of this begs the question of the status of the unanimous shareholder agreement, in its statutory form, as a determinant of *de jure* control. It is to this question that I now turn.

Bien entendu, tout cela présume résolue la question de la valeur de la convention unanime des actionnaires, telle que définie par la Loi, comme facteur déterminant du contrôle *de jure*. C'est la question que je vais maintenant étudier.

(2) Unanimous shareholder agreements

(2) Conventions unanimes des actionnaires

(a) *The nature and significance of the USA for the purposes of de jure control*

a) *La nature et l'importance des CUA aux fins du contrôle de jure*

57 Stone J.A. based his concurring reasons on the characterization of the agreement in question as a USA. Important references to such agreements in the *Corporations Act* are to be found in ss. 97(1) and 140(2). Section 97(1)(b) contemplates the abrogation, by a USA, of the power of the directors to "direct the management of the business and affairs of the corporation", while s. 140(2) confirms the validity of such agreements for the purpose of restricting the powers of the directors to manage said business and affairs.

Le juge Stone a fondé ses motifs concordants sur la qualification de la convention en cause comme étant une CUA. On trouve, aux par. 97(1) et 140(2) de la *Loi sur les corporations*, des mentions importantes de telles conventions. L'alinéa 97(1)(b) prévoit l'abolition, au moyen d'une CUA, du pouvoir des administrateurs de «g[é]rer l'entreprise et les affaires internes de la corporation», tandis que le par. 140(2) confirme la validité de ces conventions pour ce qui est de restreindre les pouvoirs des administrateurs de gérer cette entreprise et ces affaires internes.

58 The legal status of the USA, which is a unique species of agreement given its statutory origin and recognition, has nonetheless been a matter of some uncertainty. At the outset, it is important to bear in mind the distinction between the tests of *de jure* and *de facto* control developed by the courts. In my view, the *de jure* standard was chosen because in some respects it is a relevant and relatively certain and predictable concept to employ in determining control. In general terms, *de jure* refers to those legal sources that determine control: namely, the corporation's governing statute and its constitutional documents, including the articles of incorporation and by-laws. The *de facto* concept was rejected because it involves ascertaining control in fact, which can lead to a myriad of indicators which may exist apart from these sources. See, for example, F. Iacobucci and D. L. Johnston, "The Private or Closely-held Corporation", in J. S. Zie-

La valeur juridique de la CUA, qui est un type exceptionnel de convention étant donné son origine et sa reconnaissance législatives, a néanmoins engendré une certaine incertitude. Il importe, au départ, de garder à l'esprit la distinction entre les critères du contrôle *de jure* et du contrôle *de facto* qu'ont énoncés les tribunaux. À mon avis, la norme *de jure* a été retenue parce qu'à certains égards elle représente un concept pertinent et relativement certain et prévisible pour l'examen du contrôle. De façon générale, l'expression *de jure* renvoie aux sources juridiques qui déterminent le contrôle; à savoir la loi qui régit la société et les actes constitutifs de cette dernière, y compris ses statuts et ses règlements administratifs. La notion *de facto* a été rejetée parce qu'elle oblige à vérifier qui exerce le contrôle de fait, ce qui peut conduire à une multitude d'indices susceptibles d'exister outre ces sources. Voir, par exemple, F. Iacobucci et D. L. Johnston, «The Private or Closely-held Corporation», dans J. S. Ziegel, dir., *Studies in*

gel, ed., *Studies in Canadian Company Law* (1973), vol. 2, 68, at pp. 108-12.

As I have already indicated, agreements among shareholders, voting agreements, and the like are, as a general matter, arrangements that are not examined by courts to ascertain control. In my view, this is because they give rise to obligations that are contractual and not legal or constitutional in nature. Thus, to my mind, the issue comes down to whether the USA is to be characterized as constitutional or contractual in nature. If it is the former, then its provisions are to be examined under the *de jure* control analysis; if it is the latter, then its provisions are beyond the scope of that test. For a discussion of the origin of the USA in Canadian corporate law, see, generally, R. W. V. Dickerson, J. L. Howard and L. Getz, *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada* (1971), vol. 1, at paras. 298-99.

Fortunately, the instant case provides ample opportunity to put this debate to rest. In my view, for the reasons that follow, the USA is to be considered a constating document for the purposes of determining *de jure* control of a corporation.

The argument for treating a USA as part of the corporate constitution, along with and equivalent to the articles of incorporation and the by-laws, is strong, given the role of such an agreement in the overall context of corporate governance. As Professor Welling points out in *Corporate Law in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 481 *et seq.*, prior to statutory provision for USAs, the ability of shareholders to control a corporation incorporated in Canadian jurisdictions (and which, I would add, did not follow the English memorandum and articles of association system of incorporation) was in reality limited to the power to elect and dismiss directors. Directors generally owe a duty not to the shareholders but to the corporation, and shareholders could not, therefore, control the day-to-day business decisions made by the directors and their

Canadian Company Law (1973), vol. 2, 68, aux pp. 108 à 112.

Comme je l'ai déjà indiqué, les conventions entre les actionnaires, les conventions en matière de droits de vote, et ainsi de suite, sont généralement des ententes que les tribunaux n'examinent pas pour vérifier qui exerce le contrôle. À mon avis, cela s'explique par le fait qu'elles créent des obligations contractuelles et non des obligations juridiques ou tenant d'un acte constitutif. Ainsi, à mon sens, la question est donc de savoir si la CUA doit être considérée comme étant de nature contractuelle ou comme tenant d'un acte constitutif. Si elle tient d'un acte constitutif, ses dispositions doivent être examinées dans le cadre de l'analyse du contrôle *de jure*; si elle est de nature contractuelle, ses dispositions ne relèvent pas alors de ce critère. Pour une analyse de l'origine de la CUA en droit canadien des sociétés, voir, de façon générale, R. W. V. Dickerson, J. L. Howard et L. Getz, *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes* (1971), vol. 1, aux par. 298 et 299.

Heureusement, la présente affaire fournit largement l'occasion de mettre fin à ce débat. À mon avis, pour les motifs qui vont suivre, la CUA doit être considérée comme un acte constitutif aux fins de déterminer qui détient le contrôle *de jure* d'une société.

L'argument selon lequel la CUA doit être considérée comme faisant partie des actes constitutifs de la société, au même titre que les statuts et les règlements administratifs, est solide étant donné le rôle que joue une telle convention dans le contexte global de la gestion de la société. Comme le souligne le professeur Welling dans *Corporate Law in Canada* (2^e éd. 1991), aux pp. 481 et suivantes, avant que les CUA soient prévues par la loi, la capacité des actionnaires de contrôler une société constituée dans un ressort canadien (qui, j'ajouterais, n'observait pas le régime anglais de constitution des sociétés par acte constitutif et statuts) était en réalité limitée au pouvoir d'élire et de révoquer les administrateurs. En général, les administrateurs ont une responsabilité non pas envers les actionnaires mais envers la société, de sorte que les

59

60

61

appointed officers. In other words, although the shareholders could elect the individuals who would make up the board, the board members, once elected, wielded virtually all the decision-making power, subject to the ability of the shareholders to remove or fail to re-elect unsatisfactory directors.

62 However, in a private or closely held corporation, it may generally be assumed that the dominant interests to be served by decision-making are the expectations and needs of the shareholders, as opposed to the corporation in the abstract. These corporations were modelled to some extent on incorporated partnerships, and the underlying economic policy was thought to be best met by enabling the shareholders to arrange the organization of their enterprise as they choose: see *Iacobucci and Johnston, supra*.

63 Because, at common law, shareholders could not agree to fetter or interfere with the discretion of the directors, even unanimously (see *Motherwell v. Schoof*, [1949] 4 D.L.R. 812 (Alta. S.C.), and *Atlas Development Co. v. Calof* (1963), 41 W.W.R. 575 (Man. Q.B.)), legislative intervention was needed to allow shareholders to choose their corporate control and management structure. See *Iacobucci, "Canadian Corporation Law: Some Recent Shareholder Developments"*, in *The Cambridge Lectures 1981* (1982), 88, at pp. 92 *et seq.*

64 The advent of the USA, first in the *CBCA* and then in other statutes modelled after it, materially altered this situation by providing a mechanism by which the shareholders, through a unanimous agreement, could strip the directors of some or all of their managerial powers as desired by the shareholders. Rather than removing the directors from their positions, a USA simply relieves them of their powers, rights, duties, and associated responsibilities. This may be accomplished without specific formality; all that is required appears to be some unanimous written expression of shareholder

actionnaires ne pouvaient pas contrôler les décisions quotidiennes des administrateurs concernant l'entreprise ni celles des dirigeants qu'ils avaient désignés. Autrement dit, même si les actionnaires pouvaient élire les personnes qui composeraient le conseil, les membres du conseil, une fois élus, exerçaient pratiquement tout le pouvoir décisionnel, sous réserve de la capacité des actionnaires de révoquer ou de ne pas réélire les administrateurs dont ils n'étaient pas satisfaits.

Toutefois, dans le cas d'une société privée ou à capital fermé, on peut généralement présumer que les intérêts dominants que doit servir la prise de décision sont les attentes et les besoins des actionnaires, par opposition à ceux de la société considérée dans l'abstrait. Ces sociétés s'inspirent dans une certaine mesure des sociétés de personnes dotées de la personnalité morale et l'on croyait que le meilleur moyen de réaliser la politique économique sous-jacente était de permettre aux actionnaires d'organiser leur entreprise à leur gré: voir *Iacobucci et Johnston, loc. cit.*

Comme, en common law, les actionnaires ne pouvaient pas convenir d'entraver le pouvoir discrétionnaire des administrateurs, même à l'unanimité (voir *Motherwell c. Schoof*, [1949] 4 D.L.R. 812 (S.C. Alb.), et *Atlas Development Co. c. Calof* (1963), 41 W.W.R. 575 (B.R. Man.)), il a fallu que le législateur intervienne pour autoriser les actionnaires à choisir leur structure de contrôle et de gestion de la société. Voir *Iacobucci, «Canadian Corporation Law: Some Recent Shareholder Developments»*, dans *The Cambridge Lectures 1981* (1982), 88, aux pp. 92 et suivantes.

L'avènement des CUA, d'abord dans la *LCSA* puis dans d'autres lois qui s'en inspirent, a sensiblement modifié la situation en établissant un mécanisme permettant aux actionnaires de dépouiller, à leur gré, par convention unanime, les administrateurs de la totalité ou d'une partie de leurs pouvoirs de gestion. Au lieu de les révoquer, la CUA les dégage simplement de leurs pouvoirs, droits, obligations et responsabilités connexes. Cela peut être accompli sans formalités précises; il semble suffisant d'avoir une expression écrite de la volonté unanime des actionnaires. Il en résulte,

will. The result, however, amounts to a fundamental change in the management of the company, as s. 140(5) of the *Corporations Act* provides that the shareholders who are parties to the USA assume all the rights, powers, duties and liabilities of the directors which are removed by the agreement, and that the directors are relieved of their duties and liabilities to the same extent. As I have already intimated, what is in effect created is an “incorporated partnership” with statutory force.

Stone J.A. opined that, if an agreement can be viewed as a USA within the definition in the *Corporations Act*, it is to be read alongside the corporation’s constating documents in determining the issue of *de jure* control. I agree. The fact that the USA has supplanted the long-standing principle of shareholder non-interference with the directors’ powers to manage the corporation, an exclusive right which is granted by the statute and the corporate constitution, clearly indicates that it is at least as important as the “traditional” constating documents in assessing *de jure* control. It would be truly artificial to conclude, only on the basis of the share register, the articles of incorporation, and the by-laws, that one shareholder has *de jure* control over the corporation by virtue of its apparent power to elect the majority of the board of directors, if a USA exists which limits substantially the power of the board itself.

In other words, the USA is a corporate law hybrid, part contractual and part constitutional in nature. The contractual element is immediately apparent from a reading of s. 140(2): to be valid, a USA must be an “otherwise lawful written agreement among all the shareholders of a corporation, or among all the shareholders and a person who is not a shareholder”. It seems to me that this indicates not only that the USA must take the form of a written contract, but also that it must accord with the other, general requirements for a lawful and valid contract. More generally, the USA is by its

cependant, un changement fondamental dans la gestion de la société, car le par. 140(5) de la *Loi sur les corporations* prévoit que les actionnaires qui sont parties à la CUA assument tous les droits, pouvoirs et obligations des administrateurs révoqués par la convention, et encourent toutes leurs responsabilités, et que les administrateurs sont déchargés de leurs obligations et responsabilités dans la même mesure. Comme je l’ai déjà laissé entendre, c’est une «société de personnes dotée de la personnalité morale» qui est, en fait, créée et sanctionnée par la loi.

Le juge Stone s’est dit d’avis que, si une convention peut être considérée comme une CUA au sens de la *Loi sur les corporations*, elle doit être interprétée conjointement avec les actes constitutifs de la société afin de trancher la question du contrôle *de jure*. Je suis d’accord. Le fait que la CUA a supplanté le principe de longue date selon lequel les actionnaires ne doivent pas entraver les pouvoirs des administrateurs de gérer la société, qui représentent un droit exclusif conféré par la loi et les actes constitutifs de la société, indique clairement que la CUA est au moins aussi importante que les actes constitutifs «classiques» pour apprécier le contrôle *de jure*. Il serait vraiment artificiel de conclure, uniquement à partir du registre des actionnaires, des statuts et des règlements administratifs, qu’un actionnaire a acquis le contrôle *de jure* de la société en raison de son pouvoir apparent d’élire la majorité des membres du conseil d’administration, dans le cas où il existe une CUA qui limite sensiblement le pouvoir du conseil lui-même.

Autrement dit, la CUA est une création hybride du droit des sociétés, qui est en partie contractuelle et qui tient en partie d’un acte constitutif. L’aspect contractuel ressort immédiatement de la lecture du par. 140(2): pour être valide, une CUA doit être une convention écrite par ailleurs licite «conclue par tous les actionnaires d’une corporation soit entre eux, soit avec des tiers». Il me semble que cela indique non seulement que la CUA doit être sous forme de contrat écrit, mais encore qu’elle doit être conforme aux autres conditions générales de validité des contrats. D’une manière plus géné-

nature able to govern both the procedure for running the corporation and the personal or individual rights of the shareholders: see *Iacobucci, supra*.

67 The constitutional element of the USA is even more potent than its contractual features. Numerous provisions of the *Corporations Act* that govern fundamental aspects of the running of the corporation, including the management of its business and affairs (s. 97(1)), the issuing of shares (s. 25(1)), the passing of by-laws (s. 98(1)), the appointment of officers (s. 116), and the situations in which a dissenting shareholder can request dissolution of the company (s. 207(1)(b)), are expressly made subject to the USA. More generally, s. 6(3) reads as follows:

6(3) Subject to subsection (4), if the articles or a unanimous shareholder agreement require a greater number of votes of directors or shareholders than that required by this Act to effect any action, the provisions of the articles or of the unanimous shareholder agreement prevail. [Emphasis added.]

Subsection (4) stipulates only that the articles may not require a greater number of votes to remove a director than that required elsewhere in the Act, but does not place any such limitation on a USA. This denotes the equivalent constitutional status of the USA *vis-à-vis* the articles of incorporation.

68 This status is greatly reinforced by s. 20(1) of the *Corporations Act*, which requires that a copy of any USA, along with the articles and by-laws of the corporation, be contained in the corporate records required by that section to be maintained at the registered office of the corporation. This is cogent evidence that the legislator has treated the corporation's constituting documents and the USA *in pari materia*. It is also significant that s. 240 of the *Corporations Act* includes USAs along with the Act, the regulations promulgated thereunder, and the articles and by-laws of a corporation as documents the breach of which entitle a complainant or a creditor to seek a compliance order or other remedy deemed appropriate by the court. As

rale, la CUA est susceptible, par nature, de régir tant les modalités de fonctionnement de la société que les droits personnels ou individuels des actionnaires: voir *Iacobucci, loc. cit.*

L'aspect de la CUA qui tient d'un acte constitutif est encore plus puissant que son caractère contractuel. De nombreuses dispositions de la *Loi sur les corporations* qui régissent des aspects fondamentaux du fonctionnement de la société, y compris la gestion de son entreprise et de ses affaires internes (par. 97(1)), l'émission d'actions (par. 25(1)), l'adoption des règlements administratifs (par. 98(1)), la nomination de dirigeants (art. 116) et les situations dans lesquelles un actionnaire dissident peut demander la dissolution de la société (al. 207(1)b)), sont expressément assujetties aux CUA. De manière plus générale, le par. 6(3) est ainsi conçu:

6(3) Par dérogation à la présente loi et sous réserve du paragraphe (4), les statuts ou les conventions unanimes des actionnaires peuvent augmenter le nombre de voix nécessaires à l'adoption de certaines mesures par les administrateurs ou par les actionnaires. [Je souligne.]

Le paragraphe (4) prévoit seulement que les statuts ne peuvent, pour la révocation d'un administrateur, exiger un nombre de voix plus élevé que celui prévu ailleurs dans la Loi, mais n'impose pas une telle restriction à une CUA, ce qui dénote que les CUA ont valeur d'acte constitutif au même titre que les statuts.

Cette valeur est largement confirmée par le par. 20(1) de la *Loi sur les corporations*, qui exige qu'un exemplaire des CUA soit versé, avec les statuts, et les règlements administratifs de la société, dans les livres que la société doit tenir à son bureau enregistré, en vertu de cette disposition. C'est une preuve convaincante que le législateur a mis sur un pied d'égalité les actes constitutifs de la société et les CUA. Il est également révélateur que l'art. 240 de la *Loi sur les corporations* prévoit que les CUA sont, au même titre que la Loi et ses règlements d'application, ainsi que les statuts et les règlements administratifs de la société, des documents dont l'inobservation confère à tout plaignant ou créancier le droit de demander une ordonnance enjoignant

well, the provisions of a USA may be enforced against the corporation and its officers and directors although they need not be parties to the agreement. This stands as a further indication of the constitutional character of the USA.

Thus, a USA can play a vital role in the *de jure* control analysis. If the *Buckerfield's* test were to be followed slavishly and the inquiry limited only to the share register of the corporation, or even extended to the articles of incorporation and by-laws but not to USAs, then a company could circumvent the test or obfuscate the picture of corporate control simply by confining to a USA provisions that substantially alter the way in which corporate decisions are made. If, by a USA, the board of directors is deprived of the power to manage the business and affairs of the corporation, this is more than simply an issue of *de facto* control. It would defy logic to treat *de jure* control as remaining unaltered by an agreement which, by the very statute which governs the incorporation of the company and the governance thereof by its articles and by-laws, is given the same power as the articles to supersede the statutory provisions for corporate control. Not only is this a distinction without a difference, but it is also one without any principled foundation.

As I have said, the essential purpose of the *Buckerfield's* test is to determine the locus of effective control of the corporation. To my mind, it is impossible to say that a shareholder can be seen as enjoying such control simply by virtue of his or her ability to elect a majority of a board of directors, when that board may not even have the actual authority to make a single material decision on behalf of the corporation. The *de jure* control of a corporation by a shareholder is dependent in a very real way on the control enjoyed by the majority of directors, whose election lies within the control of that shareholder. When a constating document such as a USA provides that the legal authority to manage the corporation lies other than with the

gnant de s'y conformer ou un autre redressement que la cour juge approprié. De même, les dispositions d'une CUA peuvent être appliquées contre la société et ses dirigeants et administrateurs même s'ils n'ont pas à être parties à la convention. C'est là un autre indice que la CUA tient d'un acte constitutif.

Ainsi, une CUA peut jouer un rôle vital dans l'analyse du contrôle *de jure*. Si le critère de *Buckerfield's* était suivi servilement et si l'examen était limité au registre des actionnaires de la société, ou même étendu aux statuts et aux règlements administratifs mais non aux CUA, une société pourrait alors contourner le critère ou obscurcir la situation quant au contrôle de la société simplement en s'en tenant aux dispositions d'une CUA qui modifient sensiblement la façon dont les décisions de la société sont prises. Si, en raison d'une CUA, le conseil d'administration est privé du pouvoir de gérer l'entreprise et les affaires internes de la société, ce n'est pas simplement une question de contrôle *de facto*. Il serait illogique d'affirmer que le contrôle *de jure* reste inchangé par une convention qui, en vertu de la loi même qui régit la constitution de la société et sa gestion au moyen de ses statuts et de ses règlements administratifs, se voit conférer le même pouvoir que les statuts de l'emporter sur les dispositions de la Loi pour ce qui est du contrôle de la société. Cette distinction est non seulement vide de sens, mais encore elle ne repose sur aucun principe.

Comme je l'ai affirmé, le but essentiel du critère de *Buckerfield's* est de déterminer où est situé le contrôle véritable de la société. À mon sens, il est impossible d'affirmer qu'un actionnaire a acquis ce contrôle du seul fait qu'il est en mesure d'élire la majorité des membres du conseil d'administration, alors que ce conseil n'a peut-être même pas réellement le pouvoir de prendre une seule décision importante au nom de la société. Le contrôle *de jure* d'une société par un actionnaire dépend d'une manière très réelle du contrôle exercé par la majorité des administrateurs dont l'élection est contrôlée par cet actionnaire. Quand un acte constitutif comme une CUA prévoit que le pouvoir légal de gérer la société est conféré à une autre per-

board, the reality of *de jure* control is necessarily altered and the court must acknowledge that alteration.

71 Therefore, I would conclude that, while “ordinary” shareholder agreements and other external documents generally should not be considered in assessing *de jure* control, in keeping with the long line of jurisprudence to this effect, the USA is a constating document and as such must be considered for the purposes of this analysis. To this end, I must add that, to the extent that it held that a USA is not one of the constating documents of a corporation, *Alteco, supra*, was wrongly decided. It is true that, at common law, a unanimous agreement between or among shareholders would have been considered only as part of the *de facto* analysis. However, in my view, the unique status of the statutory form of USA in corporate law, when compared to other shareholder agreements, provides a complete answer to the appellant’s concern that the consideration of the USA for the present purpose would open the door to the consideration of all agreements between shareholders. Unlike an “ordinary” shareholder agreement, which cannot interfere with the exercise of the directors’ powers, a USA can and must do so. Moreover, as we have seen, a USA can in fact incorporate provisions that would otherwise be contained in the articles. Viewed in this light, I fail to see how the USA can be ignored as a vital determinant of *de jure* control.

72 The appellant correctly points out that to recognize the USA as affecting *de jure* control begs the question of how much power must be removed from the directors before one may safely conclude that the majority voting shareholder no longer has *de jure* control. Certainly, the existence of a USA does not necessarily imply the loss of *de jure* control. But I cannot agree that there is no rational basis for determining when a majority shareholder loses *de jure* control on the basis of a restriction of the directors’ powers. As I will discuss in more detail below, this issue comes down to a question

sonne qu’au conseil d’administration, le contrôle *de jure* véritable change nécessairement de mains et le tribunal doit reconnaître cette réalité.

En conséquence, je conclurais que, alors que les conventions «ordinaires» des actionnaires et les autres documents externes ne devraient pas, en général, être pris en considération pour évaluer le contrôle *de jure*, et ce, conformément à un long courant de jurisprudence, la CUA est un acte constitutif et doit, à ce titre, être prise en compte dans cette analyse. À cette fin, je dois ajouter que, dans la mesure où il a été statué dans la décision *Alteco*, précitée, qu’une CUA n’est pas un acte constitutif d’une société, cette décision est erronée. Il est vrai qu’en common law une convention unanime des actionnaires n’aurait été prise en considération que dans le cadre de l’analyse du contrôle *de facto*. Cependant, j’estime que la situation exceptionnelle de la CUA en droit des sociétés, en ce qu’elle est sanctionnée par la loi contrairement aux autres conventions des actionnaires, dissipe totalement la crainte de l’appelante que la prise en compte de la CUA aux présentes fins n’ouvre la porte à la prise en compte de toutes les conventions des actionnaires. Contrairement aux conventions «ordinaires» des actionnaires, qui ne peuvent entraver l’exercice des pouvoirs des administrateurs, une CUA peut et doit avoir cet effet. De plus, comme nous l’avons vu, une CUA peut, en fait, comprendre des dispositions qui seraient par ailleurs contenues dans les statuts. Considérée sous cet angle, je ne vois pas comment la CUA peut ne pas être tenue pour un facteur décisif dans l’examen du contrôle *de jure*.

L’appelante a raison de souligner que le fait de reconnaître que la CUA influe sur le contrôle *de jure* élude la question de savoir dans quelle mesure les administrateurs doivent être dépouillés de leurs pouvoirs pour qu’il soit possible de conclure avec certitude que l’actionnaire détenant la majorité des voix n’a plus le contrôle *de jure*. Assurément, l’existence d’une CUA n’implique pas nécessairement la perte du contrôle *de jure*. Mais je ne saurais convenir qu’il n’y a aucun motif rationnel de décider dans quels cas un actionnaire majoritaire perd le contrôle *de jure* en raison d’une restriction

of fact, turning on the extent to which the powers of the directors to manage are restricted, to what extent these powers have devolved to the shareholders, and to what extent the majority shareholders are thereby able to control the exercise of the governing powers.

Accordingly, two questions remain to be answered: whether the Agreement in this case was a USA, and, if so, whether it in fact deprived Marr's of *de jure* control over Duha No. 2.

(b) *Was the Agreement a USA?*

Section 1(1) of the *Corporations Act* defines a USA as, *inter alia*, an agreement of the type described in s. 140(2). Stone J.A. recognized that this section discloses a number of requirements for a valid USA: the agreement must be "otherwise lawful", must be among all the shareholders of the corporation (as well as, possibly, a non-shareholder), and must restrict, in whole or in part, the powers of the directors to manage "the business and affairs of the corporation". There is really no room for debate as to whether the Agreement satisfied the first two criteria. To the extent that the status of the Agreement is in question, the issue is whether it satisfied the third.

In the view of Stone J.A., the Agreement satisfied those requirements and was therefore a USA. He based this conclusion on a technical analysis of the Agreement, and especially Article 2.1, which provided that the "affairs" of the corporation were to be managed by the board of directors, and Article 6.1, which provided for the settlement by arbitration of disputes between shareholders on matters concerning the "business" of the corporation. From these provisions, Stone J.A. inferred that the Agreement deprived the directors of Duha No. 2 of the power to manage the "business" of the corporation, leaving them with control only over its "affairs". Because s. 1(1) of the *Corporations Act* defines "business" as a concept separate from and exclusive of "affairs", Stone J.A. concluded that

des pouvoirs des administrateurs. Comme je vais l'expliquer plus loin, cette question se résume à une question de fait dont la réponse dépend de la mesure dans laquelle les pouvoirs des administrateurs sont restreints, de la mesure dans laquelle ces pouvoirs ont été transmis aux actionnaires et de la mesure dans laquelle les actionnaires majoritaires sont ainsi en mesure de contrôler l'exercice des pouvoirs de gestion.

En conséquence, il reste deux questions à trancher: celles de savoir si la Convention était en l'espèce une CUA et, dans l'affirmative, si elle privait, en fait, Marr's du contrôle *de jure* de Duha n° 2.

b) *La Convention était-elle une CUA?*

Selon la définition donnée au par. 1(1) de la *Loi sur les corporations*, la CUA s'entend notamment d'une convention du genre décrit au par. 140(2). Le juge Stone a reconnu que cette disposition assujettit la validité de la CUA à certaines conditions: elle doit être «par ailleurs licite», être conclue par tous les actionnaires de la société (soit entre eux, soit avec des tiers), et restreindre en totalité ou en partie les pouvoirs des administrateurs de gérer l'«entreprise et les affaires internes de la corporation». Nul ne saurait vraiment contester que la Convention satisfait aux deux premiers critères. Dans la mesure où c'est sa valeur qui est en cause, il s'agit de décider si elle satisfait au troisième critère.

Du point de vue du juge Stone, la Convention remplissait ces conditions et était donc une CUA. Il a basé sa conclusion sur une analyse technique de la Convention et surtout de l'article 2.1, qui prévoyait que les [TRADUCTION] «affaires internes» de la société seraient gérées par le conseil d'administration, et de l'article 6.1 qui prescrivait l'arbitrage pour régler les différends surgissant parmi les actionnaires et se rapportant à l'«entreprise» de la société. Le juge Stone a déduit de ces dispositions que la Convention dépouillait les administrateurs de Duha n° 2 du pouvoir de gérer l'«entreprise» de la société, et ne leur laissait que le contrôle de ses «affaires internes». Parce que le par. 1(1) de la *Loi sur les corporations* définit le terme «entreprise» comme une notion séparée et distincte des

73

74

75

the Agreement restricted the s. 97(1) management power of the directors and was therefore a USA within the meaning of s. 140(2).

76

For my part, I find this conclusion difficult to accept. To provide that the directors shall have the power to manage the “affairs” of the corporation cannot, without more, be taken to exclude them from the management of the “business”. Despite the separate definitions of the two concepts in s. 1(1), it seems to me that clearer language would be required to remove such a fundamental power from the directors. Moreover, it is not at all clear that “affairs” must be defined, for the purposes of the Agreement, by reference to its statutory definition — especially, as I will discuss below, when to so define this term could lead to a rather awkward result. Indeed, the *Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995) defines “affairs” as including “business dealings”. Considering this linguistic ambiguity in addition to the foregoing concerns, I do not think it safe to conclude that the intention of Article 2.1 was to deprive the directors of their power to manage the business of Duha No. 2.

77

I take a similar view of the effect of Article 6.1. The presence of this arbitration clause to resolve disputes among shareholders does not lead to the conclusion that all business of the corporation was to be transacted by unanimous shareholder resolution, as the Minister contends. Again, clearer language would be required to achieve this end, particularly when it is considered that the result of such an arrangement would be that the entire corporation could be paralyzed by the dissent of a single shareholder on a very minor issue. A better interpretation, as contended for by the appellant, is that the word “business” in Article 6.1 was used to refer to corporate business that is ordinarily transacted among shareholders, rather than business of the corporation which is within the power of the directors to manage. In fact, this is consistent with s. 129(5) of the *Corporations Act*, which makes

«affaires internes», le juge Stone a conclu que la Convention restreignait le pouvoir de gestion conféré aux administrateurs par le par. 97(1) et était donc une CUA au sens du par. 140(2).

Je trouve personnellement cette conclusion difficile à accepter. Le fait de prévoir que les administrateurs ont le pouvoir de gérer les «affaires internes» de la société ne saurait, sans plus, être considéré comme les écartant de la gestion de l'«entreprise». Malgré les définitions distinctes données aux deux termes au par. 1(1), il me semble qu'il faudrait un texte plus clair pour dépouiller les administrateurs d'un pouvoir aussi fondamental. En outre, il n'est pas du tout évident que le terme «affaires internes» doive, aux fins de la Convention, être défini en fonction de la définition qu'en donne la Loi — surtout, comme je vais l'expliquer plus loin, lorsqu'une telle définition risquerait d'entraîner un résultat plutôt fâcheux. En fait, le *Concise Oxford Dictionary* (9^e éd. 1995) définit le mot «*affairs*» (employé dans la version anglaise de la Loi pour «affaires internes») comme s'entendant entre autres des «*business dealings*» («relations d'affaires»). Vu cette ambiguïté linguistique et les préoccupations précitées, je ne pense pas qu'il soit prudent de conclure que l'article 2.1 avait pour but de priver les administrateurs de leur pouvoir de gérer l'entreprise de Duha n° 2.

J'adopte un point de vue semblable quant à l'effet de l'article 6.1. L'existence de cette clause d'arbitrage des différends entre les actionnaires n'amène pas à conclure que toutes les opérations de la société devaient faire l'objet d'une résolution unanime des actionnaires, comme le soutient le Ministre. Là encore, il faudrait un texte plus clair pour atteindre cette fin, en particulier si l'on considère qu'une telle entente ferait en sorte que toute la société pourrait être paralysée si un seul actionnaire exprimait une opinion dissidente sur une question de très peu d'importance. Il vaut mieux considérer, comme le soutient l'appelante, que le mot [TRADUCTION] «entreprise» («*business*») employé à l'article 6.1 était destiné à désigner les questions concernant la société qui sont habituellement traitées entre les actionnaires, plutôt que l'entreprise de la société qui relève du pouvoir de ges-

specific reference to “business” transacted by shareholders at an annual or special meeting of shareholders.

Generally speaking, USAs exist to deal with major issues facing a corporation: corporate structure, issuance of shares, declaration of dividends, election of directors, appointment of officers, and the like. General business decisions are not ordinarily touched by such arrangements, and with good reason: it would not be efficient, for business purposes, to remit every decision, however minor, to a shareholder vote, let alone to require unanimous agreement among the shareholders on such decisions. Fundamental disagreements among shareholders are ordinarily dealt with by different means, such as, for example, buy-sell arrangements or other methods of dispute resolution. In exceptional cases, a USA may provide that an aggrieved shareholder may apply to the court for dissolution of the corporation and the return of his or her share capital. But these are long-term solutions which are agreed upon with a view to facilitating the ongoing operation of the business, undisturbed by the day-to-day wrangling and disagreements that often characterize the relationships among shareholders in closely-held companies, while permitting insurmountable disputes to be resolved by special measures. This is vastly different from requiring unanimous consent to every action taken in furtherance of the business of a corporation. Such an extraordinary corporate policy would require specific expression in the constituting documents. In my view, the provisions cited by the Minister do not qualify as such.

However, this is not to say that the Agreement does not affect the powers of the directors at all and, as such, is not a USA. On the contrary, Article 4.4, which prevented the corporation from issuing further shares “without the written consent of all of

tion des administrateurs. En réalité, cette interprétation est compatible avec le par. 129(5) de la *Loi sur les corporations*, qui mentionne expressément les «points» («business») de l'ordre du jour des assemblées annuelles ou extraordinaires des actionnaires.

D'une façon générale, les CUA existent pour régler des questions importantes auxquelles est confrontée une société: structure de la société, émission d'actions, déclaration de dividende, élection des administrateurs, désignation des dirigeants, et ainsi de suite. Les décisions générales concernant l'entreprise ne sont ordinairement pas visées par de telles ententes, et ce, pour une bonne raison: il ne serait pas efficace, aux fins de l'entreprise, que chaque décision, si peu importante soit-elle, soit soumise au vote des actionnaires, et encore moins qu'on exige qu'elle fasse l'objet de l'accord unanime des actionnaires. Les désaccords fondamentaux entre les actionnaires sont habituellement réglés en recourant à divers moyens, comme, par exemple, les conventions de rachat d'actions ou d'autres modes de règlement des différends. Dans des cas exceptionnels, une CUA peut prévoir que tout actionnaire lésé peut demander aux tribunaux la dissolution de la société et le remboursement de son capital-actions. Mais ce sont là des solutions à long terme dont on convient pour faciliter l'exploitation de l'entreprise en évitant les disputes et les désaccords de tous les jours qui caractérisent souvent les rapports entre les actionnaires des sociétés à capital fermé, tout en permettant que des conflits insurmontables soient réglés par des mesures spéciales. Voilà qui est très différent de l'obligation d'obtenir le consentement unanime pour toute mesure relative à l'entreprise d'une société. Une telle politique extraordinaire de la société devrait être énoncée expressément dans ses actes constitutifs. À mon avis, les dispositions citées par le Ministre n'entrent pas dans cette catégorie.

Toutefois, cela ne veut pas dire que la Convention n'influe absolument pas sur les pouvoirs des administrateurs et que, pour ce motif, elle n'est pas une CUA. Au contraire, l'article 4.4, qui empêchait la société d'émettre de nouvelles actions

the Shareholders”, imposed a clear restriction upon the directors’ power to manage. According to s. 25(1) of the *Corporations Act*,

Subject to the articles, the by-laws and any unanimous shareholder agreement . . . shares may be issued at such times and to such persons and for such consideration as the directors may determine. [Emphasis added.]

Thus, by reserving to themselves one of the powers of management which the Act expressly grants to the directors, the shareholders obviously restricted in part the ability of the directors to manage the corporation. Additionally, the language of s. 25(1) makes clear that, in the absence of a specific provision in the constating documents, such can only be accomplished by means of a USA. To my mind, there is no doubt that this brings the Agreement within the terms of s. 140(2).

80 To summarize my conclusions on this point, I agree with Stone J.A. that the Agreement constituted a USA, within the meaning of s. 140(2) of the *Corporations Act*, but for different reasons. While the provisions of Articles 2.2 and 6.1 did not, to my mind, pose any restrictions on the power of the directors to manage the business and affairs of the corporation, Article 4.4 surely did. The next question, therefore, is whether this particular USA had the effect of depriving Marr’s of *de jure* control over Duha No. 2.

(c) *The effect of the USA*

81 As I have already said, the simple fact that the shareholders of a corporation have entered into a USA does not have the automatic effect of removing *de jure* control from a shareholder who enjoys the majority of the votes in the election of the board of directors. Rather, the specific provisions of the USA must alter such control as a matter of law. But to what extent must these powers be compromised before the majority shareholder can be said to have lost *de jure* control over the company?

[TRADUCTION] «sans le consentement écrit de tous les actionnaires», imposait une restriction claire au pouvoir de gestion des administrateurs. Le paragraphe 25(1) de la *Loi sur les corporations* est ainsi conçu :

Sous réserve des statuts, des règlements administratifs et de toute convention unanime des actionnaires [. . .], les administrateurs peuvent déterminer la date des émissions d’actions, les personnes qui peuvent souscrire et l’apport qu’elles doivent fournir. [Je souligne.]

Ainsi, en se réservant l’un des pouvoirs de gestion que la Loi confère expressément aux administrateurs, les actionnaires ont manifestement restreint en partie la capacité des administrateurs de gérer la société. De plus, il ressort nettement du par. 25(1) que, en l’absence d’une disposition particulière dans les actes constitutifs, cela ne peut se faire qu’au moyen d’une CUA. À mon sens, il n’y a pas de doute que cela fait relever la Convention du par. 140(2).

Pour résumer mes conclusions sur ce point, je suis d’accord avec le juge Stone pour dire que la Convention était une CUA au sens du par. 140(2) de la *Loi sur les corporations*, mais pour des motifs différents. Quoique les dispositions des articles 2.2 et 6.1 n’apportent pas, à mon sens, de restriction au pouvoir des administrateurs de gérer l’entreprise et les affaires internes de la société, l’article 4.4 le fait sûrement. En conséquence, il s’agit maintenant de décider si cette CUA particulière a eu pour effet de priver Marr’s du contrôle *de jure* de Duha n° 2.

c) *L’effet de la CUA*

Comme je l’ai déjà précisé, le simple fait que les actionnaires d’une société aient conclu une CUA n’a pas automatiquement pour effet de dépouiller du contrôle *de jure* un actionnaire qui détient la majorité des voix pour l’élection du conseil d’administration. Les dispositions particulières de la CUA doivent plutôt modifier ce contrôle en droit. Mais dans quelle mesure ces pouvoirs doivent-ils être compromis pour qu’il soit possible d’affirmer que l’actionnaire majoritaire a perdu le contrôle *de jure* de la société?

In my view, it is possible to determine whether *de jure* control has been lost as a result of a USA by asking whether the USA leaves any way for the majority shareholder to exercise effective control over the affairs and fortunes of the corporation in a way analogous or equivalent to the power to elect the majority of the board of directors (as contemplated by the *Buckerfield's* test). There need be no concern that the consideration of USAs in the *de jure* analysis will lead either to uncertainty or to a situation where every USA would automatically imply a loss of *de jure* control by the majority shareholder. It will in every case be necessary to establish this result by examining the specific provisions of the USA in question.

In my view, the provisions in the Agreement at issue in this case did not in fact result in the loss of *de jure* control by Marr's. The inability to issue new shares without unanimous shareholder approval, while surely a restriction on the powers of the directors to manage the business and affairs of Duha No. 2, was not so severe a restriction that Marr's can be said to have lost the ability to exercise effective control over the affairs and fortunes of the company through its majority shareholdings. In fact, Thurlow J. expressly found in *Donald Applicators, supra*, at p. 5125, that "the authority of the directors of the appellant companies [was] only slightly restricted or modified" from their statutory powers by their inability to issue new shares, and that this restriction did not have "any serious effect on the authority of the directors to govern the business of the company and generally to direct its affairs". These holdings, along with the balance of the reasons in *Donald Applicators*, were affirmed by this Court.

Thus, I would conclude that, in the circumstances of this case, the general rule holds. Marr's, by virtue of its ability to elect the majority of the board of directors, enjoyed *de jure* control over Duha No. 2 immediately prior to its amalgamation

À mon avis, il est possible de déterminer si le contrôle *de jure* a été perdu par suite d'une CUA en se demandant si cette CUA laisse à l'actionnaire majoritaire quelque moyen d'exercer un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société, d'une manière analogue ou équivalente au pouvoir d'élire la majorité des membres du conseil d'administration (tel que prévu par le critère de *Buckerfield's*). Il n'y a pas à s'inquiéter que la prise en compte des CUA dans l'analyse du contrôle *de jure* ne conduise soit à l'incertitude soit à une situation où chaque CUA impliquerait automatiquement une perte du contrôle *de jure* par l'actionnaire majoritaire. Il faudra dans chaque cas décider si tel est le résultat par un examen des dispositions particulières de la CUA en cause.

À mon avis, les dispositions de la convention en cause dans le présent pourvoi n'ont pas entraîné, en réalité, la perte du contrôle *de jure* par Marr's. Même si elle constituait sûrement une restriction des pouvoirs des administrateurs de gérer l'entreprise et les affaires internes de Duha n° 2, l'incapacité d'émettre de nouvelles actions sans le consentement unanime des actionnaires n'était pas une restriction grave au point de pouvoir dire que Marr's avait perdu la capacité d'exercer un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société grâce à sa participation majoritaire. En fait, le juge Thurlow a décidé expressément, dans l'affaire *Donald Applicators*, précitée, à la p. 5125, que [TRADUCTION] «le pouvoir des administrateurs des sociétés appelantes [n'a été] que légèrement restreint ou modifié», par rapport aux pouvoirs dont ils étaient investis par la Loi, par leur incapacité d'émettre de nouvelles actions, et que cette restriction n'a pas eu [TRADUCTION] «d'effet grave sur le pouvoir des administrateurs de gérer l'entreprise de la société et, de façon générale, d'administrer ses affaires internes». Ces conclusions ainsi que le reste des motifs de la décision *Donald Applicators* ont été confirmés par notre Cour.

Ainsi, je suis d'avis que, dans les circonstances de la présente affaire, la règle générale s'applique. En raison de sa capacité d'élire la majorité des membres du conseil d'administration, Marr's détenait le contrôle *de jure* de Duha n° 2 immédiate-

with Outdoor. Nothing in the constating documents, including the USA, served to alter this state of affairs. Accordingly, there was no change in control occasioned by the amalgamation, which means that s. 111(5) of the *Income Tax Act* did not prevent Duha No. 3 from deducting from its 1985 taxable income the non-capital losses accumulated in previous years by Outdoor, regardless of whether or not the business of Outdoor was intended to be or was actually carried on by Duha No. 3 as a going concern.

(3) Summary of principles and conclusion as to control

85

It may be useful at this stage to summarize the principles of corporate and taxation law considered in this appeal, in light of their importance. They are as follows:

- (1) Section 111(5) of the *Income Tax Act* contemplates *de jure*, not *de facto*, control.
- (2) The general test for *de jure* control is that enunciated in *Buckerfield's, supra*: whether the majority shareholder enjoys "effective control" over the "affairs and fortunes" of the corporation, as manifested in "ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the board of directors".
- (3) To determine whether such "effective control" exists, one must consider:
 - (a) the corporation's governing statute;
 - (b) the share register of the corporation; and
 - (c) any specific or unique limitation on either the majority shareholder's power to control the election of the board or the board's power to manage the business and affairs of the company, as manifested in either:

ment avant la fusion de cette dernière avec Outdoor. Rien dans les actes constitutifs, y compris la CUA, n'a contribué à changer cette situation. Par conséquent, aucun changement de contrôle n'a résulté de la fusion, ce qui signifie que le par. 111(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'empêchait pas Duha n° 3 de déduire de son revenu imposable de 1985 les pertes autres qu'en capital accumulées par Outdoor au cours des années antérieures, peu importe que Duha n° 3 ait eu l'intention d'exploiter Outdoor, ou qu'elle l'ait effectivement exploitée, en tant qu'entreprise en activité.

(3) Sommaire des principes et conclusion quant au contrôle

Il peut être utile, à ce stade, de résumer les principes du droit des sociétés et du droit fiscal étudiés dans le présent pourvoi, étant donné leur importance. Ces principes sont les suivants:

- (1) Le paragraphe 111(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* vise le contrôle *de jure*, et non pas le contrôle *de facto*.
- (2) Le critère général du contrôle *de jure* a été énoncé dans l'arrêt *Buckerfield's*, précité: il s'agit de décider si l'actionnaire majoritaire exerce un «contrôle effectif» sur «les affaires et les destinées» de la société, contrôle qui ressort de la «propriété d'un nombre d'actions conférant la majorité des voix pour l'élection du conseil d'administration».
- (3) Pour décider s'il y a «contrôle effectif», il faut prendre en considération ce qui suit:
 - a) la loi qui régit la société;
 - b) le registre des actionnaires de la société;
 - c) toute restriction, particulière ou exceptionnelle, imposée soit au pouvoir de l'actionnaire majoritaire de contrôler l'élection du conseil, soit au pouvoir du conseil de gérer l'entreprise et les affaires internes de la société, qui ressort de l'un ou l'autre des documents suivants:

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (i) the constating documents of the corporation; or (ii) any unanimous shareholder agreement. <p>(4) Documents other than the share register, the constating documents, and any unanimous shareholder agreement are not generally to be considered for this purpose.</p> <p>(5) If there exists any such limitation as contemplated by item 3(c); the majority shareholder may nonetheless possess <i>de jure</i> control, unless there remains no other way for that shareholder to exercise “effective control” over the affairs and fortunes of the corporation in a manner analogous or equivalent to the <i>Buckerfield’s</i> test.</p> | <ul style="list-style-type: none"> (i) des actes constitutifs de la société; (ii) d’une convention unanime des actionnaires. <p>(4) Les documents autres que le registre des actionnaires, les actes constitutifs et les conventions unanimes des actionnaires ne doivent généralement pas être pris en considération à cette fin.</p> <p>(5) Lorsqu’il existe une restriction du genre visé à l’alinéa 3c), l’actionnaire majoritaire peut tout de même exercer le contrôle <i>de jure</i>, à moins qu’il ne dispose d’aucun moyen d’exercer un «contrôle effectif» sur les affaires et les destinées de la société, d’une manière analogue ou équivalente au critère de <i>Buckerfield’s</i>.</p> |
|---|---|

B. *Object and spirit*

In light of the foregoing conclusions, it is not necessary to consider whether the Federal Court of Appeal erred in considering the object and spirit of the *Income Tax Act* provisions, the intentions of the parties, and the commercial reality of the transactions, given that the relevant provisions of the Act are clear and unambiguous. However, I would like to comment briefly on the suggestion by the appellant that Linden J.A. would have denied the taxpayer the benefit of the provisions of the Act “simply because the transaction was motivated solely for tax planning purposes”.

It is well established in the jurisprudence of this Court that no “business purpose” is required for a transaction to be considered valid under the *Income Tax Act*, and that a taxpayer is entitled to take advantage of the Act even where a transaction is motivated solely by the minimization of tax: *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536. Moreover, this Court emphasized in *Antosko, supra*, at p. 327 that, although various techniques may be employed in interpreting the Act, “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”.

B. *Objet et esprit*

Vu les conclusions qui précèdent, il n’est pas nécessaire d’examiner si la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en tenant compte de l’objet et de l’esprit des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, de l’intention des parties et de la réalité commerciale des opérations, étant donné que les dispositions pertinentes de la Loi sont claires et nettes. Toutefois, j’aimerais commenter la proposition de l’appelante selon laquelle le juge Linden aurait privé le contribuable du bénéfice des dispositions de la Loi [TRADUCTION] «simplement parce que la planification fiscale était la seule raison d’être de l’opération».

Il est bien établi, dans la jurisprudence de notre Cour, qu’aucune «fin commerciale» n’est exigée pour qu’une opération soit jugée valide selon la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qu’un contribuable peut se prévaloir de la Loi même si l’opération en cause vise seulement à réduire au minimum l’imposition: *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536. En outre, notre Cour a souligné dans l’arrêt *Antosko*, précité, à la p. 327, que, bien que diverses techniques puissent être utilisées pour interpréter la Loi, «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».

88

Although Linden J.A. cites these principles in his reasons, he appears not to have adhered to them in his analysis. At various junctures, he comments broadly about the apparent structuring of transactions, including the one at issue in this appeal, solely for tax purposes, and seems to imply, particularly in his analysis of the *International Iron and Buckerfield's* cases, *supra*, that the courts will not permit shareholders to attain tax benefits by means of “contrived” transactions. To the extent that this analytical approach may have affected his ultimate decision, Linden J.A. was, with respect, in error. It was entirely open to the parties to use what Linden J.A. referred to as “technicalities of revenue law” to achieve their desired end: to transfer *de jure* control of Duha No. 2 to Marr’s while preventing Marr’s from exercising actual or *de facto* control over the business of the corporation. Indeed, this is what they accomplished, and nothing in the “object and spirit” of any of the various provisions can serve to displace this result. That is, while the general purpose of s. 111(5) may be to prevent the transfer of non-capital losses from one corporation to another, the parties successfully excepted themselves from the general rule by bringing the two companies under common control prior to their amalgamation.

VI. Disposition

89

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and restore the judgment of the Tax Court of Canada, with costs to the appellant throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Winnipeg.

Quoique le juge Linden cite ces principes dans ses motifs, il ne semble pas les avoir respectés dans son analyse. À divers moments, il fait des remarques générales sur l’organisation apparente d’opérations, dont celle en cause dans le présent pourvoi, uniquement à des fins fiscales, et semble laisser entendre, en particulier dans son analyse des arrêts *International Iron et Buckerfield's*, précités, que les tribunaux ne permettront pas à des actionnaires d’obtenir des avantages fiscaux au moyen d’opérations «arrangées». Dans la mesure où cette méthode analytique peut avoir influé sur la décision qu’il a prise en définitive, le juge Linden a, en toute déférence, commis une erreur. Les parties étaient entièrement libres de se servir de ce que le juge Linden a appelé des «aspects techniques de la législation fiscale» pour réaliser la fin qu’elles recherchaient: transférer le contrôle *de jure* de Duha n° 2 à Marr’s tout en empêchant cette dernière d’exercer le contrôle réel ou *de facto* sur l’entreprise de la société. C’est précisément ce qu’elles ont fait et rien dans «l’objet et l’esprit» de l’une ou l’autre des diverses dispositions ne saurait servir à écarter ce résultat. Autrement dit, si le par. 111(5) peut avoir pour objet général d’empêcher le transfert de pertes autres qu’en capital d’une société à une autre, les parties ont réussi à se soustraire à la règle générale en assujettissant les deux sociétés à un contrôle commun avant leur fusion.

VI. Dispositif

Pour ces raisons, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’infirmier l’arrêt de la Cour d’appel fédérale et de rétablir le jugement de la Cour canadienne de l’impôt, avec dépens en faveur de l’appelante dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l’appelante: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Procureur de l’intimée: George Thomson, Winnipeg.

The Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Karlheinz Schreiber *Respondent*

and

**The Attorney General of
Quebec** *Intervener*

INDEXED AS: SCHREIBER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 26039.

1998: March 20; 1998: May 28.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Canadian government sending letter of request to Swiss authorities seeking assistance with Canadian criminal investigation — Swiss authorities issuing order for seizure of documents relating to certain bank accounts — Whether Charter applies to letter of request — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Canadian government sending letter of request to Swiss authorities seeking assistance with Canadian criminal investigation — Swiss authorities issuing order for seizure of documents relating to certain bank accounts — Whether Canadian standard for issuance of search warrant had to be satisfied before letter of request was sent — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

The respondent S, a Canadian citizen who resides in both Canada and Europe, has an interest in bank accounts in Switzerland. The federal Department of Justice sent a letter of request to the Swiss authorities seeking their assistance with respect to a Canadian criminal investigation. The Swiss government accepted the request, and issued an order for the seizure of the documents and records relating to S's accounts. Prior to the delivery of the letter of request, no search warrant or

Le procureur général du Canada *Appellant*

c.

Karlheinz Schreiber *Intimé*

et

**Le procureur général du
Québec** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: SCHREIBER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 26039.

1998: 20 mars; 1998: 28 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Lettre de demande envoyée par le gouvernement canadien aux autorités suisses sollicitant leur assistance dans une enquête criminelle canadienne — Ordonnance des autorités suisses intimant la saisie de documents relatifs à certains comptes bancaires — La Charte s'applique-t-elle à la lettre de demande? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie — Lettre de demande envoyée par le gouvernement canadien aux autorités suisses sollicitant leur assistance dans une enquête criminelle canadienne — Ordonnance des autorités suisses intimant la saisie de documents relatifs à certains comptes bancaires — La norme canadienne applicable pour la délivrance d'un mandat de perquisition devait-elle être respectée avant l'envoi de la lettre de demande? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

L'intimé, S, citoyen canadien qui réside au Canada ainsi qu'en Europe, possède des comptes bancaires en Suisse. Le ministère fédéral de la Justice a envoyé une lettre de demande aux autorités suisses sollicitant leur assistance relativement à une enquête criminelle canadienne. Le gouvernement suisse a accepté la demande et une ordonnance a été rendue autorisant la saisie de documents et dossiers concernant les comptes de S. Aucun mandat de perquisition ni aucune autre autorisa-

other judicial authorization had been obtained in Canada. S brought a special case before the Federal Court, Trial Division, to determine whether the Canadian standard for the issuance of a search warrant was required to be satisfied before the Minister of Justice submitted the letter of request to the Swiss authorities. The trial judge answered the question in the affirmative. The Federal Court of Appeal, in a majority judgment, upheld that decision.

Held (Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per L'Heureux-Dubé, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.: By virtue of s. 32 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the *Charter* is applicable to all matters within the authority of Parliament and the government of Canada. The specific actions undertaken by Canadian officials must be assessed to determine if they infringe a right or freedom guaranteed by the *Charter*. Section 8 of the *Charter* protects S from intrusions upon his privacy by the government of Canada through unreasonable use of the power of search or seizure. By itself, the sending of the letter of request does not engage s. 8 of the *Charter*. All of those actions that rely on state compulsion in order to interfere with S's privacy interests were undertaken in Switzerland by Swiss authorities and are not subject to *Charter* scrutiny. Drawing a line between those Canadian actions that did not implicate the *Charter*, and the actions by Swiss authorities that would have implicated the *Charter* had they been undertaken by Canadian authorities, is consistent with this Court's jurisprudence on matters involving Canada's international co-operation in criminal investigations and prosecutions. In the context of a criminal trial in Canada, s. 7 may apply to justify excluding evidence obtained abroad through foreign officials where it is necessary to preserve the fairness of the trial.

Per Lamer C.J.: The *Charter* generally applies to the letter of request, as it was prepared by Canadian officials within Canada. However, since the reasonableness of searches and seizures is measured by balancing the state's interest in law enforcement against the individual's interest in privacy, s. 8 is only triggered if the individual who is claiming a *Charter* breach can show that he or she has a reasonable expectation of privacy in the place searched or the material seized. Expectations of privacy must necessarily vary with the context. Consid-

tion judiciaire n'avaient été obtenus au Canada avant la présentation de la lettre de demande. Dans le cadre d'un mémoire spécial présenté à la Section de première instance de la Cour fédérale, S a demandé si la norme canadienne applicable pour la délivrance d'un mandat de perquisition devait être respectée avant la présentation par le ministre de la Justice de la lettre de demande aux autorités suisses. Le juge de première instance a répondu affirmativement à cette question. La Cour d'appel fédérale, à la majorité, a confirmé cette décision.

Arrêt (les juges Gonthier et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Bastarache et Binnie: Par l'effet de l'art. 32 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, celle-ci s'applique à tous les domaines relevant de l'autorité du Parlement et du gouvernement du Canada. Les mesures particulières prises par les responsables canadiens doivent être évaluées afin de décider si elles portent atteinte à quelque droit ou liberté garanti par la *Charte*. L'article 8 de la *Charte* protège S contre les intrusions du gouvernement du Canada dans sa vie privée par le recours abusif aux pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie. En lui-même, l'envoi de la lettre de demande ne fait pas entrer en jeu l'art. 8 de la *Charte*. Toutes les mesures de contrainte étatique portant atteinte à la vie privée de S ont été prises en Suisse, par les autorités de ce pays et ne sont pas susceptibles d'examen en vertu de la *Charte*. Le fait d'établir une distinction entre les mesures des autorités canadiennes qui ne faisaient pas intervenir la *Charte*, d'une part, et celles des autorités suisses qui auraient déclenché son application si elles avaient été prises par les autorités canadiennes, d'autre part, est compatible avec la jurisprudence de notre Cour en ce qui concerne la participation du Canada à des enquêtes et poursuites criminelles internationales. Dans le contexte d'un procès criminel au Canada, l'art. 7 peut s'appliquer afin de justifier l'exclusion d'éléments de preuve obtenus à l'extérieur du pays par l'entremise de responsables étrangers, lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour préserver l'équité du procès.

Le juge en chef Lamer: La *Charte* s'applique de façon générale à la lettre de demande, telle qu'elle a été préparée au Canada par les responsables canadiens. Toutefois, comme le caractère raisonnable d'une fouille, perquisition ou saisie est mesuré en soupesant l'intérêt de l'État à faire appliquer la loi et celui de l'individu à faire respecter sa vie privée, l'art. 8 n'entre en jeu que si l'individu alléguant la violation de la *Charte* peut démontrer qu'il a une attente raisonnable en matière de vie privée dans le lieu ayant fait l'objet d'une fouille ou perquisi-

eration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the activity which brings the individual into contact with the state allow for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement. The information at issue here, namely personal financial records obtained from a bank, is clearly the sort that S would expect to remain confidential, as they are part of the biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. However, the records were located in Switzerland, and obtained in a manner consistent with Swiss law. A Canadian residing in a foreign country should expect his or her privacy to be governed by the laws of that country and a reasonable expectation of privacy will thus generally correspond to the degree of protection those laws provide. A search carried out by foreign authorities, in a foreign country, in accordance with foreign law does not infringe on a person's reasonable expectation of privacy, as he or she cannot reasonably expect more privacy than he or she is entitled to under that foreign law. In this case, there is no evidence that S's records were seized illegally in Switzerland, and it therefore cannot be said that his reasonable expectation of privacy was violated. As a result, there can be no violation of s. 8.

Per Gonthier and Iacobucci JJ. (dissenting): The right to privacy guaranteed by s. 8 of the *Charter* protects people, not places or things. Section 8 has been interpreted to provide *ex ante* protection for privacy rights, rather than merely an *ex post* validation or condemnation of a state intrusion on an individual's privacy. The *ex ante* protection is ensured by the judicial preauthorization requirement for a valid search and seizure. Law enforcement authorities will be obliged to seek prior judicial authorization for a proposed search and seizure where it is recognized that the target of the search and seizure has a reasonable expectation of privacy with respect to the information sought. Applying the contextual framework developed in *R. v. Plant*, S does have a reasonable expectation of privacy with

tion ou dans le bien qui a été saisi. Les attentes en matière de vie privée varient nécessairement selon le contexte. L'examen de facteurs tels la nature des renseignements et celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et l'activité qui met l'individu en contact avec l'État, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi. Les renseignements en cause ici, savoir des documents financiers personnels qui ont été obtenus d'une banque, sont clairement du genre de ceux dont S s'attend à ce qu'on respecte la confidentialité, car ils font partie d'un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Cependant, les documents se trouvaient en Suisse et ils ont été obtenus d'une manière conforme au droit de ce pays. Un Canadien résidant dans un pays étranger doit s'attendre à ce que sa vie privée soit régie par les lois de ce pays, et, de ce fait, son attente raisonnable en matière de vie privée correspondra généralement au degré de protection offert par ces lois. Une fouille ou une perquisition effectuée par des autorités étrangères, dans un pays étranger, conformément au droit de ce pays, ne porte pas atteinte aux attentes raisonnables d'une personne en matière de vie privée, étant donné que cette dernière ne peut raisonnablement s'attendre à bénéficier, en matière de vie privée, d'une protection plus étendue que celle à laquelle elle a droit en vertu du droit de ce pays. En l'espèce, il n'y a aucune preuve que les documents de S ont été saisis illégalement en Suisse, et il est donc impossible d'affirmer qu'il y a eu violation de son attente raisonnable en matière de vie privée. En conséquence, il ne peut y avoir violation de l'art. 8.

Les juges Gonthier et Iacobucci (dissidents): Le droit à la vie privée garanti par l'art. 8 de la *Charte* protège les personnes et non pas des lieux ou des choses. L'article 8 a reçu une interprétation qui a pour effet de protéger, avant le fait, les droits relatifs à la vie privée plutôt que de valider ou de condamner, après le fait, les intrusions de l'État dans la vie privée d'une personne. La protection avant le fait est assurée par l'autorisation judiciaire préalable qui est requise pour que la fouille, perquisition ou saisie soit valide. Les autorités chargées de l'application de la loi sont obligées de solliciter une autorisation judiciaire préalable à l'égard d'une fouille, perquisition ou saisie projetée lorsqu'il est reconnu que la cible de la fouille, perquisition ou saisie a une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des ren-

respect to his Swiss bank records. Banking information reveals intimate personal details about an individual including financial status and intimate lifestyle choices. Moreover, the relationship between a bank and a client can be characterized as one of confidence, which leads to a greater expectation of privacy in the information. Finally, the information had to be obtained through intrusion of the Swiss bank and with the assistance of a third party; this points to a reasonable expectation of privacy in the information on the part of S. S, having a reasonable expectation of privacy with respect to the information sought by the Canadian authorities, falls within the protective framework provided by s. 8 of the *Charter*, which applies in full force with all of its attendant guarantees and preventative measures. In this case compliance with s. 8 would require judicial preauthorization for the state intrusion on S's privacy. Having failed to comply with the s. 8 requirements, the search and seizure was neither valid nor reasonable in the circumstances.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *R. v. Filonov* (1993), 82 C.C.C. (3d) 516; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779.

By Lamer C.J.

Distinguished: *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *R. v. Herrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; **referred to:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 117; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

seignements visés. L'application du cadre contextuel élaboré dans *R. c. Plant* mène à la conclusion que S a effectivement une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ses documents bancaires en Suisse. Les renseignements bancaires révèlent des détails personnels sur la personne visée, notamment sa situation financière et des choix intimes concernant son mode de vie. De plus, on peut qualifier les rapports qui existent entre la banque et son client de relation de confiance qui donne lieu à une plus grande attente en matière de vie privée relativement aux renseignements en cause. Enfin, les renseignements ont dû être obtenus par intrusion dans la banque suisse et avec le concours d'un tiers, ce qui tend à indiquer que S avait une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ces renseignements. Comme S a une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements demandés par les autorités canadiennes, il bénéficie de la protection de l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique avec toute sa vigueur et avec toute sa panoplie de garanties et mesures préventives. En l'espèce, pour respecter l'art. 8, l'intrusion de l'État dans la vie privée de S ne pouvait avoir lieu qu'après l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable. Comme les exigences de l'art. 8 n'ont pas été respectées, la perquisition et la saisie n'étaient ni valides ni raisonnables dans les circonstances.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *R. c. Filonov* (1993), 82 C.C.C. (3d) 516; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Argentina c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

Citée par le juge en chef Lamer

Distinction faite d'avec les arrêts: *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *R. c. Herrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; **arrêts mentionnés:** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 117; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

By Iacobucci J. (dissenting)

R. v. Terry, [1996] 2 S.C.R. 207; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(1), 32(1).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, r. 475.

Authors Cited

Canada. Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.
Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. *Search and Seizure Law in Canada*. Carswell: Toronto, 1993 (loose-leaf updated 1994, release 2).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 2 F.C. 176, 144 D.L.R. (4th) 711, 210 N.R. 9, 114 C.C.C. (3d) 97, 6 C.R. (5th) 314, 42 C.R.R. (2d) 76, [1997] F.C.J. No. 277 (QL), affirming a decision of the Federal Court, Trial Division, [1996] 3 F.C. 931, 137 D.L.R. (4th) 582, 116 F.T.R. 151, 108 C.C.C. (3d) 208, 1 C.R. (5th) 188, 37 C.R.R. (2d) 63, [1996] F.C.J. No. 913 (QL), answering a special case question in the affirmative. Appeal allowed, Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting.

S. David Frankel, Q.C., for the appellant.

Robert W. Hladun, Q.C., for the respondent.

Claude Girard and Gilles Laporte, for the interveners.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

R. c. Terry, [1996] 2 R.C.S. 207; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(1), 32(1).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, r. 475.

Doctrine citée

Canada. Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa: Information Canada, 1972.
Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. *Search and Seizure Law in Canada*. Carswell: Toronto, 1993 (loose-leaf updated 1994, release 2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 2 C.F. 176, 144 D.L.R. (4th) 711, 210 N.R. 9, 114 C.C.C. (3d) 97, 6 C.R. (5th) 314, 42 C.R.R. (2d) 76, [1997] A.C.F. n° 277 (QL), qui a confirmé une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1996] 3 C.F. 931, 137 D.L.R. (4th) 582, 116 F.T.R. 151, 108 C.C.C. (3d) 208, 1 C.R. (5th) 188, 37 C.R.R. (2d) 63, [1996] A.C.F. n° 913 (QL), répondant par l'affirmative à la question posée dans un mémoire spécial. Pourvoi accueilli, les juges Gonthier et Iacobucci sont dissidents.

S. David Frankel, c.r., pour l'appellant.

Robert W. Hladun, c.r., pour l'intimé.

Claude Girard et Gilles Laporte, pour l'intervenant.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

THE CHIEF JUSTICE —

LE JUGE EN CHEF —

I. Facts

I. Les faits

¹ This case was brought before the Federal Court (Trial Division) by way of a special case under Rule 475 of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663. The parties agreed on a statement of facts which they believed was necessary for the determination of the matter, which is as follows. The respondent is a Canadian citizen who resides in both Canada and Europe. He has an interest in accounts at the Swiss Banking Corporation in Zurich. On September 29, 1995, the Director of the International Assistance Group of the Federal Department of Justice, acting on behalf of the Minister, signed a letter of request directed to the competent legal authority of Switzerland, seeking the assistance of the Swiss government with respect to a Canadian criminal investigation. The Swiss government accepted the letter of request, and issued an order for the seizure of the documents and records relating to the respondent's accounts. Prior to the delivery of the letter of request, no search warrant or other judicial authorization had been obtained in Canada.

La Cour fédérale (Section de première instance) a été saisie de la présente affaire par voie de mémoire spécial, en vertu de la règle 475 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663. Les parties ont convenu d'un exposé des faits, estimant ce document nécessaire pour permettre à la cour de trancher l'affaire. L'intimé, qui est citoyen canadien, réside au Canada ainsi qu'en Europe et il possède des comptes à la Swiss Banking Corporation à Zurich. Le 29 septembre 1995, agissant pour le compte du ministre de la Justice, la directrice du Groupe d'assistance internationale du ministère fédéral canadien de la Justice a signé une lettre de demande adressée aux autorités compétentes suisses et sollicitant l'assistance du gouvernement suisse relativement à une enquête criminelle canadienne. Le gouvernement suisse a accepté la lettre de demande et une ordonnance a été rendue autorisant la saisie de documents et dossiers concernant les comptes de l'intimé. Aucun mandat de perquisition ni aucune autre autorisation judiciaire n'avaient été obtenus au Canada avant la présentation de la lettre de demande.

² The respondent brought a special case before the Federal Court to seek the answer to the following question:

Dans le cadre d'un mémoire spécial présenté à la Cour fédérale, l'intimé a demandé à celle-ci de répondre à la question suivante:

Was the Canadian standard for the issuance of a search warrant required to be satisfied before the Minister of Justice and Attorney General of Canada submitted the Letter of Request asking Swiss authorities to search for and seize the Plaintiff's [now the respondent's] banking documents and records?

[TRADUCTION] La norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition devait-elle être respectée avant que le ministre de la Justice et procureur général du Canada présente aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et les dossiers bancaires du demandeur [maintenant l'intimé]?

II. Judgments Below

II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Federal Court, Trial Division*, [1996] 3 F.C. 931

A. *Cour d'appel fédérale, Section de première instance*, [1996] 3 C.F. 931

³ Wetston J. began by considering the appellant's (defendant at trial's) argument regarding this Court's decisions in *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, and *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562. He

Le juge Wetston a d'abord examiné l'argumentation de l'appelant (défendeur en première instance) fondée sur les arrêts de notre Cour *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, et *R. c. Harrer*, [1995]

rejected their submission that to answer the special case in the affirmative would mean to apply the *Charter* extraterritorially, as the respondent (plaintiff at trial) is not seeking the application of the *Charter* to either foreign law or the activities of the Swiss government. Rather, the question to be addressed in the case at bar is whether the standard required by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* should apply to the letter of request procedure in Canada.

Wetston J. went on to address this question. He held that it could only be considered by noting that the respondent is the subject of a Canadian criminal investigation by Canadian authorities, and that the information sought to be obtained may be used in a criminal prosecution in Canada. In his opinion, whether the *Charter* should be applied to the letter of request depends on whether there is a material connection between the information requested in the letter of request, and any alleged violations of Canadian criminal law. He took judicial notice of the fact that it was likely that the letter would be accepted and acted upon.

Wetston J. then considered whether the respondent had a reasonable expectation of privacy in the records in question. He acknowledged that banking records are personal and confidential. He then considered the effect of maintaining these records in Switzerland, and held that “the application of section 8 is an inescapable product of the government’s enforcement activity within Canada” (p. 943), and “[i]f the [respondent] can be prosecuted in Canada, I see no reason why he should not be entitled to the corollary benefits of the Charter” (p. 944). As a result, he concluded that the respondent had a reasonable expectation of privacy. Having so held, he considered whether s. 8 required prior authorization by a neutral judicial officer before the letter of request could be sent. He held that prior authorization is crucial in balancing the interests of the individual with those of the government, and that it cannot be done by the police or government enforcement authorities (*Hunter v.*

3 R.C.S. 562. Il a rejeté l’argument suivant lequel le fait de répondre affirmativement à la question posée dans le mémoire spécial reviendrait à appliquer la *Charte* extraterritorialement, car l’intimé (demandeur en première instance) ne sollicitait pas l’application de la *Charte* au droit étranger ni aux activités du gouvernement suisse. La question qui devait être tranchée était plutôt de savoir si la norme requise par l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* devait être appliquée à la procédure de lettres de demande au Canada.

Le juge Wetston a ensuite examiné cette question. Il a conclu que cet examen ne pouvait être réalisé qu’en tenant compte du fait que l’intimé faisait l’objet d’une enquête criminelle canadienne par les autorités canadiennes, et que les renseignements demandés pourraient être utilisés dans une poursuite pénale au Canada. À son avis, la réponse à la question de savoir si la *Charte* devait être appliquée à la lettre de demande dépendait de la réponse à la question de savoir s’il existait un lien important entre les renseignements demandés dans la lettre de demande et quelque violation alléguée du droit pénal canadien. Il a pris connaissance d’office du fait qu’il était probable que la lettre serait acceptée et qu’on y donnerait suite.

Le juge Wetston s’est ensuite demandé si l’intimé avait, à l’égard des dossiers en question, une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée. Il a reconnu que les documents bancaires sont des documents personnels et confidentiels. Puis, il s’est interrogé sur les conséquences du fait que ces documents étaient conservés en Suisse et il a statué que «[l]’application de l’article 8 est [...] la suite inéluctable des activités d’exécution gouvernementales au sein du Canada» (p. 943), et que «[s]i [l’intimé] peut être poursuivi au Canada, je ne vois pas pourquoi il ne devrait pas avoir droit aux avantages accessoires de la Charte» (p. 944). En conséquence, il a conclu que l’intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Après avoir tiré cette conclusion, il s’est demandé si l’art. 8 exigeait l’obtention d’une autorisation préalable auprès d’un titulaire de fonctions judiciaires impartial avant que la lettre de demande puisse être expédiée. Il a statué que la procédure d’autorisa-

4

5

Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145). As a result, such authorization should have been obtained before the letter of request was sent, and the special case should be answered in the affirmative.

B. *Federal Court of Appeal*, [1997] 2 F.C. 176

Linden J.A. (Henry D.J. concurring)

6 After reviewing the facts and judgement below, Linden J.A. set out the two issues he believed needed to be answered to decide the case at bar. First, would the application of the *Charter* to a request for assistance from another country mean that impermissible extraterritorial effect would be given to the *Charter*? Second, would the letter of request interfere with the respondent's right to be secure against unreasonable search and seizure? At the time of the letter of request, no treaty was in force governing the use of international requests for mutual assistance between Canada and Switzerland. Hence, letters of request are the recognized mode of co-operation between states. These can be sent on the basis of "suspicion".

7 Linden J.A. held that the way in which s. 8 is to be applied was set out by Dickson J. in *Hunter*, *supra*. Section 8 is intended to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy, and whether an intrusion is unjustified depends on the balance between the government's interest in law enforcement and the individual's interest in privacy. This assessment ought to be carried out by a system of prior authorization, so as to prevent unjustified searches before they occur.

tion préalable est cruciale pour soupeser les droits du particulier visé et ceux du gouvernement, et que cette tâche ne peut être accomplie par la police ou les agents de l'autorité (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145). Par conséquent, une telle autorisation aurait dû être obtenue avant l'envoi de la lettre de demande, et la question posée dans le mémoire spécial devait recevoir une réponse affirmative.

B. *Cour d'appel fédérale*, [1997] 2 C.F. 176

Le juge Linden (avec l'appui du juge suppléant Henry)

Après avoir examiné les faits et le jugement rendu en première instance, le juge Linden a exposé les deux questions litigieuses auxquelles, selon lui, il fallait répondre pour trancher l'affaire. Premièrement, l'application de la *Charte* à une demande d'assistance provenant d'un autre pays signifierait-elle qu'une portée extraterritoriale inadmissible serait donnée à la *Charte*? Deuxièmement, la lettre de demande portait-elle atteinte au droit de l'intimé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? Au moment de l'envoi de la lettre de demande, il n'y avait pas de traité entre le Canada et la Suisse concernant les demandes internationales d'entraide juridique. Dans de tels cas, les lettres de demande sont le mode de coopération reconnu entre les États. Ces lettres peuvent être expédiées sur la foi de «soutiens».

Le juge Linden a statué que la façon dont l'art. 8 doit être appliqué a été énoncée par le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter*, précité. L'article 8 vise à protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée, et, pour répondre à la question de savoir si une intrusion est injustifiée, il faut soupeser l'intérêt du gouvernement à assurer l'application de la loi et l'intérêt du particulier visé en matière de respect de sa vie privée. Cette appréciation doit être accomplie au moyen d'un système d'autorisation préalable de façon à prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées.

Linden J.A. then turned to a consideration of the territorial scope of s. 8. He considered *Terry*, *supra*, and *Harrer*, *supra*, but distinguished them because they involved the conduct of American authorities acting in the United States, whereas the impugned conduct in this case involved the actions of the Canadian government within Canada. Hence, he concluded that it falls within the purview of s. 32(1) of the *Charter*. Another distinction is that in both *Terry* and *Harrer*, the protection sought was that of s. 10(b), whereas in this case, it is s. 8.

Linden J.A. held that s. 8 ought to be applied when it can help deter future unconstitutional conduct by Canadian officials, even if the conduct of those officials triggers the assistance of a foreign state. Although Canada cannot impose its own procedural standards on other states, it can ensure that the right to a reasonable expectation of privacy is protected when a search is instigated by Canadian officials, whether at home or abroad.

The next question to be answered was whether the respondent's security against unreasonable search and seizure was infringed by the letter of request. Linden J.A. held that the courts cannot wait to vindicate the right to privacy until after it has been violated, but rather, it must be protected at the point of disclosure. The appropriate question is not whether the letter of request is a "search". Rather, it is whether the letter jeopardizes the respondent's reasonable expectation of privacy. It does not make sense to distinguish between a request, which would in all probability be acted upon, and the physical seizure of information. To do so would be counter to the spirit of *Hunter*, which seeks to reduce unjustified intrusions on individual privacy. Section 8 protects "people, not places". This approach to protection against unreasonable search and seizure which focuses on the impact of the search or seizure on the individual would be inconsistent with the proposition that a

Le juge Linden a ensuite abordé la question de la portée territoriale de l'art. 8. Il a examiné les arrêts *Terry* et *Harrer*, précités, et établi une distinction entre ces arrêts et l'affaire dont il était saisi parce que les premiers portaient sur la conduite d'autorités américaines agissant aux États-Unis, tandis que la conduite reprochée dans la seconde portait sur les actes du gouvernement canadien au Canada. En conséquence, il a conclu que la conduite reprochée relevait du par. 32(1) de la *Charte*. Une autre distinction qu'il a notée était le fait que, tant dans *Terry* que dans *Harrer*, les intéressés demandaient la protection de l'al. 10b), alors qu'en l'espèce c'est celle de l'art. 8 qui est demandée.

Le juge Linden a statué que l'art. 8 doit être appliqué lorsqu'il peut aider à décourager la répétition d'une conduite inconstitutionnelle par des agents canadiens, même si la conduite de ces agents amène un pays étranger à apporter son aide. Bien que le Canada ne puisse imposer ses propres normes procédurales à d'autres États, il peut veiller à ce que le droit à une attente raisonnable en matière de vie privée soit protégé en cas de fouille ou perquisition faite au Canada ou à l'étranger à la demande d'agents canadiens.

La question suivante qui devait être tranchée était de savoir si la lettre de demande portait atteinte à la protection garantie à l'intimé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Le juge Linden a conclu que les tribunaux ne peuvent attendre, pour défendre le droit à la vie privée, que ce droit ait d'abord été violé, mais que celui-ci doit plutôt être protégé au point de divulgation. La question qu'il faut poser n'est pas de savoir si la lettre de demande est une «fouille ou une perquisition», mais plutôt si elle compromet l'attente raisonnable de l'intimé en matière de respect de sa vie privée. Il est absurde d'établir une distinction entre une demande à laquelle, selon toute probabilité, on donnera suite, et la saisie effective des renseignements. Agir ainsi irait à l'encontre de l'esprit de l'arrêt *Hunter*, qui est de réduire le nombre d'intrusions injustifiées de l'État dans la vie privée des particuliers. L'article 8 protège «les personnes et non les lieux». Cette inter-

8

9

10

person may have a privacy interest in banking information in Canada but not in Switzerland. The impact of the government action on the privacy interest of individuals is the same in each case.

11 Linden J.A. concluded that the constitutionality of a state-sanctioned search and seizure is only partially determined by the manner in which it is executed. The initiation and authorization process that precedes the execution of the search is equally important to the determination of constitutionality. In *Hunter*, the focus was on the adequacy of the legislation that authorized the search, not on an actual illegal search itself.

12 In this case, Linden J.A. held that there was a reasonable expectation that the Swiss government would comply with the letter of request. In light of this expectation, the analogy drawn by the appellant between the letter of request and an application for a search warrant was not appropriate. A closer analogy could be drawn between the letter and a search warrant itself. In both cases, the state has armed itself with the power to intrude upon a reasonable expectation of privacy held by an individual in order to satisfy the interests of law enforcement, although no legal requirement exists to actually compel the search. It should follow from this that in both situations, the state should be required to seek prior authorization on the basis of reasonable and probable grounds. Hence, Linden J.A. held that the trial judge's decision was correct, and dismissed the appeal.

Stone J.A. (dissenting)

13 Stone J.A. agreed that *Terry* and *Harrer* were not dispositive of the issue before him, as the issue in those cases was whether s. 10(b) was engaged by the taking of a statement in a foreign country by

prétation de la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — qui met l'accent sur les répercussions d'une telle mesure sur l'individu visé — serait incompatible avec la position selon laquelle une personne peut avoir un droit à la protection de sa vie privée en ce qui concerne ses renseignements bancaires au Canada, mais non en Suisse. L'effet des mesures gouvernementales sur le droit à la vie privée des particuliers est le même dans chaque cas.

Le juge Linden a conclu que la manière dont une fouille, une perquisition ou une saisie sanctionnée par l'État est menée ne détermine que partiellement la constitutionnalité d'une telle mesure. Le processus de déclenchement et d'autorisation est tout aussi important à cet égard. Dans *Hunter*, on s'est attaché principalement au caractère adéquat de la mesure législative autorisant les fouilles et les perquisitions et non à une fouille ou perquisition illégale comme telle.

En l'espèce, le juge Linden a conclu qu'il existait une attente raisonnable que le gouvernement suisse se conformerait à la lettre de demande. À la lumière de cette attente, l'analogie établie par l'appelant entre la lettre de demande et une demande de mandat de perquisition n'était pas appropriée. Il aurait été plus juste d'établir une analogie entre la lettre de demande et un mandat de perquisition. Dans les deux cas, l'État s'est donné le pouvoir d'empiéter sur l'attente raisonnable d'un particulier en matière de respect de sa vie privée afin d'affirmer son intérêt à assurer l'application de la loi, bien qu'aucune exigence légale ne l'oblige à procéder à la fouille ou à la perquisition. Il devrait s'ensuire que, dans les deux cas, l'État devrait être tenu de demander une autorisation préalable, sur la foi de motifs raisonnables et probables. En conséquence, le juge Linden a statué que la décision du juge de première instance était correcte et il a rejeté l'appel.

Le juge Stone (dissident)

Le juge Stone a convenu que les arrêts *Terry* et *Harrer* ne permettaient pas de trancher la question dont il était saisi, car, dans ces deux affaires, la question en litige était de savoir si l'al. 10b) s'ap-

foreign police. Stone J.A. then considered whether the letter actually constituted a “search” or “seizure” for the purposes of s. 8 of the *Charter*. He held that the fact that Swiss authorities could be expected to act on the request was not the same as saying that it constituted a search or seizure in Canada. A “search” consists of some form of examination by governmental authorities, which violates the privacy of the individual. The making of the request does not constitute a search or seizure so as to engage the protection of the s. 8 guarantee. The respondent argued that his right to be secure from unreasonable search and seizure encompassed the acts of the Canadian government in requesting the information, but Stone J.A. disagreed. In his view, the request did no more than ask that a search and seizure take place. The fact that the Canadian authorities made the request and that they had a reasonable expectation that the Swiss authorities would act upon it did not convert the request into the sort of government action that is limited by s. 8. Hence, Stone J.A. would have allowed the appeal.

III. Analysis

The issue in this appeal is set out by the special case, which I reproduce here for convenience:

Was the Canadian standard for the issuance of a search warrant required to be satisfied before the Minister of Justice and Attorney General of Canada submitted the Letter of Request asking Swiss authorities to search for and seize the Plaintiff's [now the respondent's] banking documents and records?

Although it does not say so explicitly, the question set out above is really whether the letter of request violated the respondent's guarantee of security against unreasonable search and seizure contained in s. 8 of the *Charter*. Other legal issues can arise, and have arisen, out of the sending of a letter of

pliquait lorsqu'une déclaration était recueillie à l'étranger par des policiers étrangers. Le juge Stone s'est ensuite demandé si la lettre constituait effectivement une «fouille ou perquisition» ou «une saisie» visée à l'art. 8 de la *Charte*. Il a conclu que le fait qu'on pouvait s'attendre à ce que les autorités suisses donnent suite à la demande ne revenait pas à dire que cette dernière constituait une fouille, une perquisition ou une saisie au Canada. Une «fouille ou perquisition» est une certaine forme d'inspection effectuée par les autorités gouvernementales, qui porte atteinte à la vie privée d'une personne. La présentation de la demande ne constitue pas une fouille, une perquisition ou une saisie permettant d'invoquer la protection de l'art. 8. L'intimé a plaidé que son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives englobait les actes accomplis par le gouvernement canadien pour demander les renseignements, mais le juge Stone a rejeté cet argument. À son avis, la demande ne faisait rien de plus que demander une fouille, une perquisition et une saisie. Le fait que les autorités canadiennes aient présenté la demande et qu'elles se soient raisonnablement attendues à ce que les autorités suisses l'acceptent et y donnent suite ne contribue pas à faire de cette demande le type de mesure gouvernementale prohibée par l'art. 8. En conséquence, le juge Stone aurait accueilli l'appel.

III. L'analyse

La question en litige dans le présent pourvoi est exposée dans le mémoire spécial et je la reproduis ci-après pour plus de commodité:

[TRADUCTION] La norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition devait-elle être respectée avant que le ministre de la Justice et procureur général du Canada présente aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et les dossiers bancaires du demandeur [maintenant l'intimé]?

Bien que cela ne soit pas dit explicitement, la question formulée ci-dessus revient en réalité à se demander si la lettre de demande a violé le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'intimé par l'art. 8 de la *Charte*. D'autres questions juridiques peuvent se

request. These issues are not raised in the special case, and are therefore not before the Court.

15 Before considering the substantive content of the s. 8 guarantee, there are some preliminary issues, raised by the appellant, that should be addressed. The first of these issues concerns the application of the *Charter*. Specifically, the appellant argues that this Court's decisions in *Terry* and *Harrer* stand for the proposition that the *Charter* cannot apply extraterritorially. Both of these cases concerned the conduct of American authorities acting in the United States, who took statements from suspects in a manner that, although consistent with the American *Bill of Rights*, was inconsistent with the *Charter*. This Court held, in both cases, that the *Charter* cannot govern the actions of foreign authorities acting in a foreign country. This is consistent with s. 32 of the *Charter*, which restricts its application to the "Parliament and government of Canada" and "the legislature and government of each province." This is also consistent, as McLachlin J. pointed out in *Terry*, with the principle of international comity, which suggests that it would be unrealistic to expect foreign authorities to know and comply with the laws of Canada.

16 In my view, the case at bar is quite different from *Terry* and *Harrer*. The impugned conduct in this case is the letter of request, which was prepared and sent by Canadian officials. These officials are clearly subject to Canadian law, including the *Charter*, within Canada, and in most cases, outside it. They fall squarely within the purview of s. 32 of the *Charter*, as an arm of the executive branch, or the "government of Canada". Moreover, because they are Canadian, there is no reason to be concerned with comity. They can be expected to have knowledge of Canadian law, including the Constitution, and it is not unreasonable to require that they follow it. This is especially true for officials who perform functions in the name of the Attorney General, who may indeed have additional

soulever et se sont effectivement déjà soulevées en cas de présentation d'une lettre de demande. Ces questions ne sont pas posées dans le mémoire spécial et notre Cour n'en est donc pas saisie.

Avant d'aborder la substance de la garantie offerte par l'art. 8, il convient d'examiner certaines questions préliminaires soulevées par l'appellant. La première concerne l'application de la *Charte*. Plus précisément, l'appellant fait valoir que les arrêts *Terry* et *Harrer* de notre Cour étayaient la proposition que la *Charte* n'a pas d'application extraterritoriale. Ces deux affaires portaient sur la conduite d'autorités américaines qui, agissant aux États-Unis, avaient recueilli des déclarations de suspects d'une manière qui, bien que conforme au *Bill of Rights* américain, était incompatible avec la *Charte*. Dans les deux affaires, notre Cour a conclu que la *Charte* ne peut régir les actes accomplis par des autorités étrangères dans un pays étranger. Cette conclusion est compatible avec l'art. 32 de la *Charte* qui restreint l'application de cette dernière «au Parlement et au gouvernement du Canada» et «à la législature et au gouvernement de chaque province». Elle est également compatible, comme l'a signalé le juge McLachlin dans *Terry*, avec le principe de la courtoisie internationale, suivant lequel il est irréaliste de s'attendre à ce que des autorités étrangères connaissent et observent les lois du Canada.

À mon avis, le présent cas est très différent des affaires *Terry* et *Harrer*. La conduite reprochée en l'espèce est la préparation et l'envoi de la lettre de demande par des agents canadiens. Ces agents sont clairement assujettis au droit canadien, y compris la *Charte*, à l'intérieur du Canada et, dans la plupart des cas, à l'extérieur du Canada. Ils sont nettement visés à l'art. 32 de la *Charte*, en tant que représentants du pouvoir exécutif, ou du «gouvernement du Canada». Qui plus est, parce qu'ils sont des Canadiens, il n'y a aucune raison de tenir compte de la courtoisie internationale. On peut s'attendre à ce qu'ils connaissent le droit canadien, y compris la Constitution, et il n'est pas déraisonnable d'exiger qu'ils le respectent. Cela est particulièrement vrai des agents qui agissent au nom du

responsibilities that flow from the special nature of that office.

It is clear that the *Charter* in general applies to such letters of request. However, before the substantive guarantees of s. 8 in particular can be triggered, a preliminary issue must be determined. The question to be decided in order to see if government actions comply with s. 8 is whether the respondent had a reasonable expectation of privacy in his banking records in Switzerland. In my opinion, for reasons which I will discuss below, he did not, and therefore s. 8 protection is not triggered. Therefore, this appeal must be allowed, and the special case must be answered in the negative.

In cases involving s. 8, the appropriate starting point is the reasons of this Court in *Hunter, supra*. In that decision, Dickson J. (as he then was) held that the reasonableness of searches and seizures would be measured by balancing the state's interest in law enforcement against the individual's interest in privacy. However, he also held that the *Charter* could not, and did not, protect against any and all intrusions by the state into the lives of individuals. Rather, s. 8 would only be implicated if the individual who was claiming a *Charter* breach could show that he or she had a reasonable expectation of privacy in the place searched or the material seized. If no such expectation exists, there can be no *Charter* breach, as s. 8 only protects people, not places or things (*Hunter*, at p. 159, citing *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)). In *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, for example, Cory J. (for the majority) held that the accused had no expectation of privacy in someone else's apartment, and therefore could not claim his s. 8 rights had been breached when that apartment was searched. Similarly, in *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, the majority of this Court (*per* Cory J.) held that a search of a car did not violate the pas-

procureur général et qui, de fait, peuvent avoir des responsabilités additionnelles découlant de la nature particulière de cette charge.

Il est clair que la *Charte* s'applique de façon générale à de telles lettres de demande. Cependant, avant que les garanties substantielles de l'art. 8 en particulier puissent entrer en jeu, une question préliminaire doit être tranchée. Pour décider si les mesures prises par le gouvernement respectent l'art. 8, la question qui doit être tranchée consiste à déterminer si l'intimé avait une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée pour ce qui concerne ses documents bancaires en Suisse. À mon avis, pour les raisons que je vais exposer ci-après, il n'en avait pas et, en conséquence, la protection de l'art. 8 n'entre pas en jeu. Par conséquent, le présent pourvoi doit être accueilli et la question posée dans le mémoire spécial doit recevoir une réponse négative.

L'examen des motifs de notre Cour dans *Hunter*, précité, constitue le point de départ approprié dans les affaires concernant l'art. 8. Dans cet arrêt, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que le caractère raisonnable d'une fouille, perquisition ou saisie est mesuré en soupesant l'intérêt de l'État à faire appliquer la loi et celui de l'individu à faire respecter sa vie privée. Cependant, il a également statué que la *Charte* ne pouvait pas protéger et ne protégeait pas contre toutes et chacune des intrusions de l'État dans la vie des individus. Mais qu'au contraire, l'art. 8 n'entre en jeu que si l'individu alléguant la violation de la *Charte* peut démontrer qu'il a une attente raisonnable en matière de vie privée dans le lieu ayant fait l'objet d'une fouille ou perquisition ou dans le bien qui a été saisi. Si cette attente n'existe pas, il ne peut y avoir violation de la *Charte*, car l'art. 8 ne protège que les personnes, et non les lieux ou les choses (*Hunter*, à la p. 159, citant *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967)). Dans *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par exemple, le juge Cory (au nom des juges majoritaires) a conclu que l'accusé n'avait aucune attente en matière de respect de sa vie privée dans l'appartement d'un tiers et qu'il ne pouvait donc prétendre que les droits que lui reconnaît l'art. 8 avaient été violés lorsque cet

senger's s. 8 rights, as she had no reasonable expectation of privacy in respect of its contents.

19 Hence, the question of whether the respondent had a reasonable expectation of privacy in his bank records is the preliminary issue to be decided. If he cannot show that he had such a reasonable expectation, his s. 8 protection is not triggered at all. This Court has said a great deal about how expectations of privacy, and their reasonableness, can be ascertained. In my view, the single most important idea that emerges from the jurisprudence is that expectations of privacy must necessarily vary with the context. This is inherent in the idea that privacy is not a right tied to property, but rather a crucial element of individual freedom which requires the state to respect the dignity, autonomy and integrity of the individual. The degree of privacy which the law protects is closely linked to the effect that a breach of that privacy would have on the freedom and dignity of the individual. Hence, a person is entitled to an extremely high expectation of privacy in relation to his or her bodily integrity (as in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, or *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417) or residence (see *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 117), and entitled to a much lesser expectation in relation to a vehicle in which he or she was merely a passenger (as in *Belnavis*, *supra*) or an apartment to which he or she was a visitor (as in *Edwards*, *supra*).

20 Of course, expectations of privacy must necessarily depend on more than just the nature of the thing being searched and its connection with the person claiming a s. 8 right. As La Forest J. stated in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade*

appartement avait fait l'objet d'une perquisition. De même, dans *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, les juges de la majorité (dans les motifs du juge Cory) ont statué que la fouille de l'auto n'avait pas donné lieu à la violation des droits garantis par l'art. 8 à la passagère concernée, car cette dernière n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée quant au contenu du véhicule.

En conséquence, la question de savoir si l'intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée pour ce qui est de ses documents bancaires est la question préliminaire qui doit être tranchée. S'il est incapable de démontrer qu'il avait une telle attente raisonnable, la protection que lui accorde l'art. 8 n'entre pas du tout en jeu. Notre Cour s'est prononcée abondamment sur la façon de déterminer l'existence et le caractère raisonnable d'attentes en matière de vie privée. À mon avis, l'idée la plus importante qui se dégage de la jurisprudence est que les attentes en matière de vie privée varient nécessairement selon le contexte. Cette idée est inhérente à la notion que la vie privée est non pas un droit se rattachant à des biens, mais plutôt un élément crucial de la liberté individuelle qui commande à l'État de respecter la dignité, l'autonomie et l'intégrité de l'individu. Le degré de vie privée protégé par la loi est étroitement lié à l'effet qu'une violation de ce droit aurait sur la liberté et la dignité de l'individu en cause. Par conséquent, on reconnaît à une personne une attente extrêmement élevée pour ce qui est de son intégrité physique (voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, ou *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417) ou à sa résidence (voir *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 117), mais une attente beaucoup moins grande relativement à un véhicule dans lequel elle est simplement un passager (voir *Belnavis*, précité) ou à un appartement dans lequel elle est un visiteur (voir *Edwards*, précité).

Il va de soi que les attentes en matière de vie privée ne dépendent pas uniquement de la nature de la chose visée par la fouille ou la perquisition et du rapport entre cette chose et la personne invoquant un droit reconnu par l'art. 8. Comme l'a dit le juge La Forest dans *Thomson Newspapers Ltd.*

Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 506, “the degree of privacy the citizen can reasonably expect may vary significantly depending upon the activity that brings him or her into contact with the state”. This was what was meant by La Forest J. in *Comité paritaire de l’industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406, and by Wilson J. in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, when they stated that the content of the reasonable expectation of privacy depended on “context”. In both of these cases, the Court dealt with the difference between searches and seizures conducted to ensure compliance with regulatory regimes and those conducted for the purpose of enforcing the criminal law.

In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, Sopinka J. set out a framework for determining a person’s reasonable expectation of privacy, based on a number of contextual factors. He stated (at p. 293):

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allow for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement.

Before applying these factors in the case at bar, I should note that Linden J.A. rejected the seriousness of the crime being investigated as a valid determinant of the respondent’s expectation of privacy. In my view, Linden J.A. was correct in holding that the seriousness of the crime being investigated, as between different *Criminal Code* offences, does not in itself affect the expectation of privacy of the person being investigated. However, I would nevertheless replace this factor, in keeping with La Forest J.’s comments in *Thomson Newspapers*, *supra*, with the proposition that the activity which brings the individual into contact with the state may affect the expectation of privacy which that individual is entitled to, particularly in the

c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 506, «[l]e degré de vie privée auquel le citoyen peut raisonnablement s’attendre peut varier considérablement selon les activités qui le mettent en contact avec l’État». C’était le sens des propos du juge La Forest dans *Comité paritaire de l’industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406, et du juge Wilson dans *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, lorsqu’ils ont déclaré que le contenu de l’attente raisonnable en matière de vie privée dépendait du «contexte». Dans ces deux affaires, la Cour examinait la différence entre les fouilles, perquisitions et saisies effectuées pour assurer le respect de régimes de réglementation et celles accomplies dans l’application du droit criminel.

Dans *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, le juge Sopinka a énoncé une méthode fondée sur un certain nombre de facteurs contextuels pour déterminer si une personne a une attente raisonnable en matière de vie privée. Il a dit ceci (à la p. 293):

L’examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l’endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l’objet de l’enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l’intégrité et de l’autonomie de la personne et l’application efficace de la loi.

Avant d’appliquer ces facteurs au cas qui nous occupe, je tiens à souligner que le juge Linden a rejeté la gravité du crime visé par l’enquête en tant que facteur déterminant valable de l’attente de l’intimé en matière de vie privée. À mon avis, le juge Linden a eu raison de conclure que la gravité du crime en question, en comparaison de différentes infractions prévues par le *Code criminel*, n’a pas en soi d’incidence sur l’attente en matière de vie privée de la personne visée par l’enquête. Cependant, conformément aux commentaires formulés par le juge La Forest dans *Thomson Newspapers*, précité, je remplacerais néanmoins ce facteur par la proposition suivant laquelle l’activité qui met l’individu en contact avec l’État peut avoir

context of regulatory regimes which are not, strictly speaking, part of the criminal law.

22

I now turn to a consideration of these factors. The information at issue consists of personal financial records, obtained from a bank. It is clear that these records are of the sort that the respondent would expect would remain confidential, as they are part of what Sopinka J. referred to as the “biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state” (*Plant, supra*, at p. 293). This would clearly point towards a finding that the respondent did have a reasonable expectation of privacy in relation to those records. However, under *Plant*, the place where the records were located and the manner in which they were obtained are equally important factors. Of critical importance to this case is the fact that the records were located in Switzerland, and obtained in a manner consistent with Swiss law.

23

In *Terry, supra*, McLachlin J. stated that “[p]eople should reasonably expect to be governed by the laws of the state in which they currently abide, not those of the state in which they formerly resided or continue to maintain a principal residence” (para. 24). This rule means that a Canadian residing in a foreign country should expect his or her privacy to be governed by the laws of that country and, as such, a reasonable expectation of privacy will generally correspond to the degree of protection those laws provide. This, if anything, is more true for the person who decides to conduct financial affairs and keep records in a foreign state. It may be fairly assumed that such a person has made an informed choice about where to conduct business, and thereby to create corresponding records, particularly banking records. The state of the prevailing bank secrecy laws in foreign countries is among the considerations a reasonably prudent bank client will take into account in deciding where to conduct

une incidence sur l’attente à laquelle cet individu a droit en matière de vie privée, particulièrement dans le contexte de régimes de réglementation qui, à strictement parler, ne font pas partie du droit criminel.

J’aborde maintenant l’examen de ces facteurs. Les renseignements en cause sont des documents financiers personnels qui ont été obtenus d’une banque. Il est évident qu’il s’agit de documents du genre de ceux dont l’intimé s’attend à ce qu’on respecte la confidentialité, car ils font partie de ce que le juge Sopinka a appelé «un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État» (*Plant*, précité, à la p. 293). Ce fait semble favoriser nettement la conclusion que l’intimé avait bel et bien une attente raisonnable en matière de vie privée pour ce qui est de ces documents. Cependant, suivant l’arrêt *Plant*, l’endroit où se trouvent les documents et la manière dont ils sont obtenus sont des facteurs tout aussi importants. Le fait que les documents se trouvaient en Suisse et qu’ils ont été obtenus d’une manière conforme au droit suisse est d’une importance cruciale en l’espèce.

Dans *Terry*, précité, le juge McLachlin a déclaré que «[I]es gens devraient raisonnablement s’attendre à être régis par les lois du pays où ils se trouvent, et non par celles du pays où ils résidaient antérieurement ou dans lequel ils maintiennent leur résidence principale» (par. 24). Cette règle signifie qu’un Canadien résidant dans un pays étranger doit s’attendre à ce que sa vie privée soit régie par les lois de ce pays, et, de ce fait, son attente raisonnable en matière de vie privée correspondra généralement au degré de protection offert par ces lois. D’ailleurs, cela est encore plus vrai dans le cas des personnes qui décident de mener des affaires financières dans un État étranger et d’y conserver des documents. Il est à juste titre permis de supposer qu’une telle personne a choisi de façon éclairée l’endroit où elle fait des affaires et où, en conséquence, elle crée des documents afférents à ses activités, en particulier des documents bancaires. L’état des lois relatives au secret bancaire en

his or her affairs. Accordingly, such a client, in my view, cannot reasonably expect greater privacy protection than is provided under the very laws he or she has expressly decided to have applied to his or her financial affairs and create the corresponding records. In short, having sought the benefit of foreign laws in choosing to place his or her funds under the jurisdiction of a foreign state, the client must also accept their burden.

In other words, a person who has property or records in a foreign state runs a risk that a search will be carried out in accordance with the laws of that state. He cannot "reasonably expect" that this will not happen, if the laws of the state clearly permit it. Of course, in Canada, the prevailing domestic law must itself be measured against the *Charter* to determine whether it violates the constitutional privacy right which s. 8 guarantees (*Hunter, supra*; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265). However, this Court is much more reluctant to measure the laws of foreign states against guarantees contained in the Canadian Constitution. At the same time, if use of the evidence obtained on the strength of foreign laws affected the fairness of a trial held in Canada, it could be excluded under a combination of ss. 7 and 24(1) of the *Charter*, as suggested in *Terry and Harrer, supra*. No such suggestion has been made in this case, as no criminal trial has taken place in this matter, and, therefore, it is unnecessary to say any more about this possibility.

On the facts of this case, therefore, a search carried out by foreign authorities, in a foreign country, in accordance with foreign law does not infringe on a person's reasonable expectation of privacy, as he or she cannot reasonably expect more privacy than he or she is entitled to under that foreign law. In the case at bar, there is no evidence that the respondent's records were seized

vigueur dans les pays étrangers est une des considérations dont le client raisonnablement prudent d'une banque tiendra compte en décidant où faire des affaires. Par conséquent, je suis d'avis qu'un tel client ne peut raisonnablement s'attendre à ce que sa vie privée bénéficie d'une protection plus étendue que celle que lui accordent les lois auxquelles il a décidé d'assujettir ses affaires financières et les documents s'y rattachant. Bref, ayant recherché le bénéfice des lois étrangères quand il a choisi d'assujettir ses fonds à la compétence d'un État étranger, le client doit également accepter les obligations découlant de ces lois.

Autrement dit, la personne qui possède des biens ou des documents dans un État étranger court le risque qu'une fouille ou perquisition soit effectuée conformément aux lois de cet État. Elle ne peut pas «raisonnablement s'attendre» à ce que cela ne se produise pas, si les lois de l'État en question autorisent clairement de telles mesures. Évidemment, au Canada, le droit interne en vigueur doit lui-même être apprécié au regard de la *Charte* pour déterminer s'il viole le droit constitutionnel à la protection de la vie privée garanti à l'art. 8 (*Hunter, précité*; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265). Notre Cour est toutefois beaucoup plus réticente à apprécier les lois des États étrangers au regard des garanties prévues par la Constitution canadienne. Cependant, si l'utilisation d'un élément de preuve obtenu par suite de l'application de lois étrangères compromettrait l'équité d'un procès tenu au Canada, il pourrait être écarté par l'effet conjugué de l'art. 7 et du par. 24(1) de la *Charte*, ainsi qu'il a été suggéré dans les arrêts *Terry* et *Harrer*, précités. Aucune allégation du genre n'a été faite en l'espèce, car il n'y a pas eu de procès criminel. Il est donc inutile d'en dire davantage sur cette possibilité.

Par conséquent, vu les faits de la présente affaire, une fouille ou une perquisition effectuée par des autorités étrangères, dans un pays étranger, conformément au droit de ce pays, ne porte pas atteinte aux attentes raisonnables d'une personne en matière de vie privée, étant donné que cette dernière ne peut raisonnablement s'attendre à bénéficier, en matière de vie privée, d'une protection

illegally in Switzerland. In fact, the parties declined to lead any evidence whatsoever about Swiss law. The respondent must have reasonably expected that, if he did his banking in Switzerland, his records could be searched in accordance with Swiss law. Therefore, it cannot be said that his reasonable expectation of privacy was violated. As a result, there can be no violation of s. 8. This appeal must therefore be allowed with costs, and the special case must be answered in the negative.

The judgment of *L'Heureux-Dubé, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.* was delivered by

26 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons of both the Chief Justice and Justice Iacobucci, and although I agree with the result that the Chief Justice reaches, I prefer to reach that result by a different route. In my view, Stone J.A. (dissenting) correctly decided this case at the Federal Court of Appeal ([1997] 2 F.C. 176) when he held that the Department of Justice's action in sending a letter of request to the Swiss authorities is not proscribed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

27 By virtue of s. 32 of the *Charter*, the *Charter* is applicable to all matters within the authority of Parliament and the government of Canada, as well as the provincial legislatures and the provincial governments. Concomitantly, the rights and freedoms enumerated in the *Charter* are guaranteed only against interference from actions taken by Parliament and the government of Canada, or the provincial legislatures and the provincial governments. Where there is no action by one of these entities which infringes a right or freedom guaranteed by the *Charter*, there can be no *Charter* violation.

28 The respondent wisely does not seek to challenge the actions of the Swiss authorities as a vio-

plus étendue que celle à laquelle elle a droit en vertu du droit de ce pays. En l'espèce, il n'y a aucune preuve que les documents de l'intimé ont été saisis illégalement en Suisse. En fait, les parties ont refusé de présenter quelque preuve que ce soit au sujet du droit suisse. L'intimé devait raisonnablement s'attendre que, s'il faisait ses opérations bancaires en Suisse, ses documents pourraient faire l'objet d'une fouille ou perquisition conformément au droit de ce pays. Il est donc impossible d'affirmer qu'il y a eu violation de son attente raisonnable en matière de vie privée. En conséquence, il ne peut y avoir violation de l'art. 8. Le pourvoi doit donc être accueilli avec dépens, et la question posée dans le mémoire spécial doit recevoir une réponse négative.

Version française du jugement des juges *L'Heureux-Dubé, McLachlin, Bastarache et Binnie* rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance des motifs du Juge en chef et de ceux du juge Iacobucci, et bien que je sois d'accord avec le résultat auquel arrive le Juge en chef, je préfère y parvenir par une voie différente. À mon avis, le juge Stone (dissident) de la Cour d'appel fédérale ([1997] 2 C.F. 176) a correctement tranché la présente affaire en statuant que l'envoi par le ministre de la Justice de la lettre de demande aux autorités suisses n'était pas un acte prohibé par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Par l'effet de son art. 32, la *Charte* s'applique à tous les domaines relevant de l'autorité tant du Parlement et du gouvernement du Canada que des législatures et des gouvernements des provinces. Il s'ensuit que les droits et libertés énumérés à la *Charte* ne sont garantis que contre les atteintes découlant des mesures prises par le Parlement et le gouvernement du Canada ou par les législatures et les gouvernements des provinces. En l'absence d'action par une de ces entités portant atteinte à quelque droit ou liberté garanti par la *Charte*, il ne peut y avoir violation de cette dernière.

L'intimé a sagement choisi de ne pas contester les actes des autorités suisses pour le motif qu'ils

lation of s. 8 of the *Charter*. Instead, the respondent urges a very broad interpretation of s. 8's guarantee against unreasonable search and seizure, in order to impugn the sole act of the Department of Justice in sending the letter of request. Because the letter of request initiated a process which ultimately led to the search and seizure of the respondent's bank records in Switzerland, by Swiss authorities acting pursuant to their own laws, the respondent argues that the letter of request should have been subject to prior judicial authorization consistent with this Court's dictates in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. In my view, for the reasons that follow, the sending of the letter of request does not attract s. 8 scrutiny.

The reality of international criminal investigation and procedure is that it necessitates co-operation between states. The fact that the government of Canada may play a part in international investigations and proceedings, which might have implications for individual rights and freedoms such as those enumerated in the *Charter*, does not by itself mean that the *Charter* is engaged. The specific actions undertaken by Canadian officials, within the authority of Parliament, the government of Canada, the provincial legislatures or the provincial governments, must be assessed to determine if they infringe a right or freedom guaranteed in the *Charter*. In this case, the sending of the letter of request is the only relevant action which was authorized and undertaken by the government of Canada, and therefore the only action which can be assessed for any impact on the respondent's *Charter* rights.

Section 8 of the *Charter* protects the respondent from intrusions upon his privacy by the government of Canada, through unreasonable use of the power of search or seizure: *Hunter, supra*, at p. 160. It is useful first to consider the issue of interjurisdictional co-operation wholly within the domestic Canadian context, in order to appreciate that the letter of request did not intrude upon the

violeraient l'art. 8 de la *Charte*. Il fait plutôt valoir une interprétation très large de la protection assurée par l'art. 8 contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives et il attaque uniquement l'action du ministère de la Justice en envoyant la lettre de demande. Puisque cette lettre a déclenché le processus qui, en bout de ligne, a donné lieu à une perquisition et à la saisie des documents bancaires de l'intimé en Suisse, mesures prises par les autorités suisses conformément à leurs propres lois, l'intimé soutient que l'envoi de la lettre de demande aurait dû être subordonné à l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable, conformément aux prescriptions de notre Cour dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'envoi de cette lettre ne donne pas lieu à un examen fondé sur l'art. 8.

Concrètement, la réalité des enquêtes et poursuites criminelles internationales exige que les États coopèrent entre eux. Le fait que le gouvernement du Canada puisse prendre part à des enquêtes et poursuites internationales, susceptibles d'avoir des répercussions sur des droits et libertés individuels tels ceux énumérés dans la *Charte*, ne signifie pas à lui seul que celle-ci entre en jeu. Dans chaque cas, les mesures particulières prises par les responsables canadiens, dans le cadre des pouvoirs du Parlement, du gouvernement du Canada, des législatures provinciales ou des gouvernements provinciaux, doivent être évaluées afin de décider si elles portent atteinte à quelque droit ou liberté garanti par la *Charte*. En l'espèce, l'envoi de la lettre de demande est la seule mesure pertinente, autorisée et prise par le gouvernement du Canada, et donc la seule mesure qui puisse être examinée pour déterminer si elle a eu quelque incidence sur les droits garantis à l'intimé par la *Charte*.

L'article 8 de la *Charte* protège l'intimé contre les intrusions du gouvernement du Canada dans sa vie privée par le recours abusif aux pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie: *Hunter*, précité, à la p. 160. Si l'on examine d'abord la question dans le contexte purement canadien, sous l'angle de la coopération entre provinces canadiennes, on constate que la lettre de demande n'a pas donné

respondent's privacy, and therefore did not engage s. 8 of the *Charter*. If the police in one Canadian jurisdiction want to investigate, for instance, bank records in another Canadian jurisdiction, the investigating authorities would ask the authorities in that other jurisdiction to undertake a search or a seizure. The request itself would not be subject to *Charter* scrutiny. No prior judicial authorization would be obtained until the request had been received, at which time the authorities would secure a warrant in order to undertake the search or seizure. In the event that the search or seizure was challenged, it would be the warrant, and the actions taken pursuant to that warrant, which would be subjected to *Charter* review. The original investigator's action in making the request to the authorities in another province would not be challengeable, because it is not an action which invades anyone's right to be secure against unreasonable search and seizure. This is the reason why no prior judicial authorization is required before making the request, and not, as Iacobucci J. suggests, because the requesting authorities know that the search or seizure eventually will be subject to prior judicial authorization before it is executed.

lieu à une intrusion dans la vie privée de l'intimé et, de ce fait, n'a pas fait entrer en jeu l'art. 8 de la *Charte*. Si les autorités policières d'une province canadienne veulent, par exemple, dans le cadre d'une enquête, consulter des documents bancaires se trouvant dans une autre province canadienne, les responsables de l'enquête demandent aux autorités de l'autre province d'effectuer la perquisition ou la saisie. La demande elle-même ne serait pas susceptible d'examen en vertu de la *Charte*. Aucune autorisation judiciaire préalable ne serait obtenue tant que la demande n'aurait pas été reçue et, à ce moment-là, les autorités concernées obtiendraient un mandat les autorisant à procéder à la fouille, à la perquisition ou à la saisie. Si la fouille, perquisition ou saisie était contestée, ce serait le mandat ainsi que les mesures prises en exécution de ce mandat qui seraient l'objet de l'examen fondé sur la *Charte*. La mesure prise par l'enquêteur initial, savoir la présentation de la demande aux autorités de l'autre province, ne serait pas contestable, puisqu'elle ne porte pas atteinte au droit de quiconque à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives. Voilà pourquoi aucune autorisation judiciaire préalable n'est requise avant la présentation de la demande et non pas, comme le suggère le juge Iacobucci, parce que les autorités qui font la demande savent que la fouille, perquisition ou saisie sera éventuellement assujettie à une procédure d'autorisation judiciaire préalable avant d'être exécutée.

31

This reasoning is apposite to the present appeal. By itself, the letter of request does not engage s. 8 of the *Charter*. All of those actions which rely on state compulsion in order to interfere with the respondent's privacy interests were undertaken in Switzerland by Swiss authorities. Neither the actions of the Swiss authorities, nor the laws which authorized their actions, are subject to *Charter* scrutiny: *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, at p. 217. The *Charter* does not protect everyone against unreasonable search and seizure in the abstract. Rather, the *Charter* guarantees everyone the right to be secure against unreasonable search and seizure by, *inter alia*, the government of Canada.

Ce raisonnement est pertinent dans le cadre du présent pourvoi. En elle-même, la lettre de demande ne fait pas entrer en jeu l'art. 8 de la *Charte*. Toutes les mesures de contrainte étatique portant atteinte à la vie privée de l'intimé ont été prises en Suisse, par les autorités de ce pays. Ni les actions des autorités suisses ni les lois autorisant ces actions ne sont susceptibles d'examen en vertu de la *Charte*; voir *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, à la p. 217. La *Charte* ne protège personne contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives dans l'abstrait. Elle protège plutôt chacun contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, notamment celles effectuées par le gouvernement du Canada.

On the applicability of s. 8 to the facts of this case, I must respectfully disagree with the approach taken by Iacobucci J. He states (at para. 42) that “[t]he focus of the right to privacy, therefore, is the impact of an unreasonable search or seizure on the individual; it matters not where the search and seizure took place” (emphasis in original). Although I agree that s. 8 protects “people, not places or things”, it only protects people against actions by the government of Canada that interfere with a person’s privacy interests through the unreasonable use of a search or seizure. Therefore, it does matter where the search or seizure took place, if it took place outside Canada by persons not under the authority of the government of Canada. Clearly, the government of Canada did not undertake any search or seizure. Canadian officials merely requested that a search and seizure be undertaken. Because those actions that are properly subjected to *Charter* review under s. 8 were undertaken by foreign officials, the respondent instead has sought to implicate those actions undertaken in Canada which requested the search and seizure in Switzerland. But as Stone J.A. stated at p. 207:

To conclude that section 8 is engaged because the Canadian authorities sent the request to Switzerland even though they could not and did not conduct any search and seizure there would be to contort the language of this important protection and to give it application where no governmental action of the kind envisaged by the section is involved.

I find further support for this conclusion in the reasons of Dilks J. in *R. v. Filonov* (1993), 82 C.C.C. (3d) 516 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), cited with approval by McLachlin J., writing for the Court in *Terry, supra*, at para. 18. In *Filonov*, Dilks J. considered whether the actions of U.S. authorities in conducting a search and seizure pursuant to a Canadian treaty request implicated s. 8 of the *Charter*. On facts analogous to this case, Dilks J.

En ce qui concerne l’applicabilité de l’art. 8 aux faits de la présente affaire, je dois respectueusement exprimer mon désaccord à l’égard de l’approche retenue par le juge Iacobucci. Il affirme (au par. 42) que «[l]’objet principal du droit à la vie privée est par conséquent l’effet d’une fouille, d’une perquisition ou d’une saisie abusive sur l’individu; le lieu où cette mesure est exécutée est sans importance» (souligné dans l’original). Même si je conviens que l’art. 8 protège «les personnes et non pas des lieux ou des choses», il ne protège les individus que contre les actions du gouvernement du Canada qui portent atteinte à la vie privée parce qu’elles constituent un recours abusif aux pouvoirs de fouille, perquisition ou saisie. Par conséquent, le lieu de la fouille, de la perquisition ou de la saisie a effectivement de l’importance, si la mesure en question a été exécutée à l’extérieur du Canada par des personnes ne relevant pas de l’autorité du gouvernement canadien. Il ressort clairement des faits de la présente cause que le gouvernement du Canada n’a procédé à aucune fouille, saisie ou perquisition. Les autorités canadiennes n’ont fait que demander qu’il soit procédé à une fouille, perquisition ou saisie. Puisque les actions qui sont à juste titre susceptibles d’examen en vertu de l’art. 8 de la *Charte* ont été prises par des responsables étrangers, l’intimé a plutôt tenté de mettre en cause la mesure prise au Canada, savoir la demande de fouille, perquisition et saisie en Suisse. Cependant, comme l’a souligné le juge Stone, à la p. 207:

Conclure que l’article 8 s’applique parce que les autorités canadiennes ont envoyé la demande en Suisse même si elles ne pouvaient pas effectuer et n’ont pas effectué la fouille, la perquisition et la saisie, aurait pour effet de déformer le libellé de cette protection importante et de lui donner effet même en l’absence de mesure gouvernementale du type envisagé par l’article.

Je trouve un appui supplémentaire pour cette conclusion dans les motifs du juge Dilks dans l’affaire *R. c. Filonov* (1993), 82 C.C.C. (3d) 516 (C. Ont. (Div. gén.)), cités et approuvés par le juge McLachlin, qui s’exprimait pour la Cour dans l’arrêt *Terry*, précité, au par. 18. Dans l’affaire *Filonov*, le juge Dilks a examiné la question de savoir si les fouilles, perquisitions ou saisies effectuées par les autorités américaines, en exécution d’une

made two distinct findings which inform the analysis of the applicability of s. 8 of the *Charter*, and which are relevant to this appeal. First, at p. 520, he held that “[t]he sovereign authority of Canada ends with the sending of the request” for assistance. Second, at pp. 522-23 he found that:

... the United States’ part of the process was a discrete procedure carried out by authorities who were in no way controlled by or answerable to any Canadian authorities. The fact that the process was initiated by the latter did nothing to make their United States counterparts agents of the Canadian government. Even if they could be so considered, their conduct would not be governed by the *Charter* unless the *Charter* expressly said as much.

The implications of Dilks J.’s reasons are that s. 8 of the *Charter* did not apply to the sending of the request, and that those actions which might otherwise have been reviewable under s. 8 were not so reviewable on the facts of the case, because they were undertaken by the U.S. authorities.

34

I note that drawing a line between those Canadian actions which did not implicate the *Charter*, and the actions by Swiss authorities which would have implicated the *Charter* had they been undertaken by Canadian authorities, is consistent with this Court’s jurisprudence on matters involving Canada’s international co-operation in criminal investigations and prosecutions: see, e.g., *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at pp. 518-19; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 547; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, per La Forest J. at p. 831, and per McLachlin J. at p. 846.

demande faite par les autorités canadiennes en vertu d’un traité entre les deux pays, faisaient entrer en jeu l’art. 8 de la *Charte*. Dans cette affaire, dont les faits sont analogues à ceux de la présente espèce, le juge Dilks a tiré deux conclusions sous-jacentes à l’analyse de l’applicabilité de l’art. 8 de la *Charte*, et qui sont pertinentes dans le présent pourvoi. En premier lieu, à la p. 520, il a statué que [TRADUCTION] «[l]’autorité souveraine du Canada cesse avec l’envoi de la demande» d’assistance. En second lieu, aux pp. 522 et 523, il a conclu que:

[TRADUCTION] ... le rôle des États-Unis dans le processus a pris la forme d’une procédure distincte, engagée par des autorités qui n’étaient d’aucune façon responsables devant quelque autorité canadienne ni assujetties au pouvoir de contrôle d’une telle autorité. Le fait que le processus ait été mis en branle par les autorités canadiennes n’a nullement eu pour effet de faire de leurs homologues américains des agents du gouvernement du Canada. Même s’ils pouvaient être tenus pour tels, leurs faits et gestes ne seraient régis par la *Charte* que si celle-ci le prévoyait expressément.

Il découle des motifs du juge Dilks que l’art. 8 de la *Charte* ne s’appliquait pas à l’envoi de la demande, et que les mesures, qui auraient par ailleurs été susceptibles d’examen au regard de cet article, ne l’étaient pas compte tenu des faits de l’affaire, étant donné qu’elles avaient été prises par les autorités américaines.

Je souligne que le fait d’établir une distinction entre les mesures des autorités canadiennes qui ne faisaient pas intervenir la *Charte*, d’une part, et celles des autorités suisses qui auraient déclenché son application si elles avaient été prises par les autorités canadiennes, d’autre part, est compatible avec la jurisprudence de notre Cour en ce qui concerne la participation du Canada à des enquêtes et poursuites criminelles internationales; voir, par ex., *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, aux pp. 518 et 519; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 547; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, motifs du juge La Forest à la p. 831, et motifs du juge McLachlin à la p. 846.

Finally, in the context of a criminal trial in Canada, I agree with the Chief Justice that s. 7 may apply to justify excluding evidence obtained abroad through foreign officials where it is necessary to preserve the fairness of the trial.

For these reasons, I would allow the appeal with costs.

The reasons of Gonthier and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) — I have read the reasons of both Chief Justice Lamer and Justice L'Heureux-Dubé in this matter and, with respect, I cannot agree with their reasons.

As explained by the Chief Justice, the parties brought this case before the Federal Court by way of a special case under Rule 475 of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, to seek an answer to the following question:

Was the Canadian standard for the issuance of a search warrant required to be satisfied before the Minister of Justice and Attorney General of Canada submitted the Letter of Request asking Swiss authorities to search for and seize the Plaintiff's [now the respondent's] banking documents and records?

I agree with the Chief Justice and with Justice L'Heureux-Dubé that the actions of the Swiss authorities in executing the search and seizure are not subject to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* since the *Charter* cannot apply extraterritorially (*R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, and *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562). I also agree with the Chief Justice that Canadian authorities are indeed subject to Canadian judicial standards, including the *Charter*, in drafting and issuing a letter of request for foreign assistance.

35
Finalement, je conviens avec le Juge en chef que, dans le contexte d'un procès criminel au Canada, l'art. 7 peut s'appliquer afin de justifier l'exclusion d'éléments de preuve obtenus à l'extérieur du pays par l'entremise de responsables étrangers, lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour préserver l'équité du procès.

36
Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Gonthier et Iacobucci rendus par

37
LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — J'ai lu les motifs du juge en chef Lamer et ceux du juge L'Heureux-Dubé et, avec égards, je ne peux y souscrire.

38
Comme l'a expliqué le Juge en chef, les parties ont soumis la présente affaire à la Cour fédérale par voie de mémoire spécial en vertu de la règle 475 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, et ont demandé à celle-ci de répondre à la question suivante:

[TRADUCTION] La norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition devait-elle être respectée avant que le ministre de la Justice et procureur général du Canada présente aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et les dossiers bancaires du demandeur [maintenant l'intimé]?

39
Je conviens avec le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé que les mesures prises par les autorités suisses dans l'exécution de la demande de fouille, perquisition et saisie ne sont pas assujetties à l'application de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, étant donné que la *Charte* n'a pas de portée extraterritoriale (*R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, et *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562). Je suis également d'accord avec le Juge en chef pour dire que les autorités canadiennes sont effectivement assujetties aux normes juridiques canadiennes, y compris la *Charte*, lorsqu'elles rédigent et envoient une lettre sollicitant l'assistance d'un gouvernement étranger.

40

However, I do not agree with my colleagues' approaches to s. 8 of the *Charter*. The Chief Justice states at para. 17 of his reasons that "[i]t is clear that the *Charter* in general applies to such letters of request". However, he concludes that s. 8 was not violated in this case because the respondent did not have a reasonable expectation of privacy with respect to the information sought. Justice L'Heureux-Dubé is of the view that s. 8 is not applicable to the request by the Canadian authorities for the execution of a search and seizure by the Swiss authorities. I take a different view of what triggers the application of s. 8 and the consequent engagement of the protective and preventative measure of judicial preauthorization.

A. The Principles which Inform s. 8 of the Charter

1. *Reasonable Expectation of Privacy*

41

The language of s. 8 provides very little guidance on the scope and purpose of the interests which it strives to protect. Dickson J. (as he then was) defined the purpose of s. 8 in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 (at p. 160) as the protection of individuals "from unjustified state intrusions upon their privacy" (emphasis added). The scope of the s. 8 right to privacy is limited by the reasonableness of the individual's expectation of privacy in a given set of circumstances. Dickson J. explained this approach in *Hunter* (at pp. 159-60):

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance

Cependant, je ne souscris pas à la façon dont mes collègues abordent respectivement l'art. 8 de la *Charte*. Le Juge en chef affirme, au par. 17 de ses motifs, qu'«[i]l est clair que la *Charte* s'applique de façon générale à de telles lettres de demande». Cependant, il conclut que l'art. 8 n'a pas été violé en l'espèce parce que l'intimé n'avait pas d'attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des renseignements demandés. Pour sa part, le juge L'Heureux-Dubé est d'avis que l'art. 8 ne s'applique pas à la demande par laquelle les autorités canadiennes ont prié les autorités suisses de mener une fouille, perquisition et saisie. J'ai une opinion différente sur ce qui déclenche l'application de l'art. 8 et de la mesure de protection et de prévention qui en résulte, soit l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire préalable.

A. Les principes sur lesquels se fonde l'art. 8 de la Charte

1. *L'attente raisonnable en matière de vie privée*

Le texte de l'art. 8 donne très peu d'indications sur la portée et l'objet des intérêts qu'il vise à protéger. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 (à la p. 160), le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a défini l'objet de l'art. 8 comme étant la protection accordée aux personnes «contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée» (je souligne). La portée du droit à la vie privée garanti par l'art. 8 est limitée par le caractère raisonnable de l'attente qu'a une personne en matière de respect de sa vie privée dans les circonstances d'une affaire donnée. Le juge Dickson a expliqué ainsi cette approche dans *Hunter* (aux pp. 159 et 160):

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notam-

its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

Thus, the concept of a “reasonable expectation of privacy” is the organizing principle around which one can determine whether s. 8 applies to protect an individual’s interests in a given situation.

2. *People Not Places*

This Court has interpreted s. 8 to protect “people, not places or things” (*per* La Forest J. in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 60; see also *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 291; *Hunter*, at p. 158, citing *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); and *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 428-29). This principle marks a shift in focus in privacy rights from the protection of property interests in the place searched to a focus on the impact of the search and seizure on the individual regardless of the place searched (see Dickson J. in *Hunter*, at pp. 157-58). This broad interpretation of s. 8, unrestricted by the concept of property or the law of trespass, led this Court to find, in *Plant*, that an individual enjoys a reasonable expectation of privacy with respect to a biographical core of personal information held by others. Sopinka J., writing for the majority, stated (at p. 293):

... in order for constitutional protection to be extended, the information seized must be of a “personal and confidential” nature. In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [Emphasis added.]

ment, d’assurer l’application de la loi. [Souligné dans l’original.]

En conséquence, le concept d’«attente raisonnable en matière de vie privée» est le principe structurel permettant de déterminer si l’art. 8 s’applique et protège les droits d’une personne dans une situation donnée.

2. *Les personnes et non les lieux*

Notre Cour a interprété l’art. 8 comme ayant pour effet de protéger «les personnes et non pas des lieux ou des choses» (motifs du juge La Forest dans *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, à la p. 60; voir également *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, à la p. 291; *Hunter*, à la p. 158, citant *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); et *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 428 et 429). Ce principe marque un changement dans l’objet du droit à la vie privée, qui ne tend plus principalement à protéger les droits de propriété à l’égard du lieu fouillé ou perquisitionné, mais s’attache plutôt à l’effet sur la personne visée de la fouille, perquisition ou saisie, peu importe le lieu qui est fouillé ou perquisitionné (voir les motifs du juge Dickson dans *Hunter*, aux pp. 157 et 158). Cette interprétation large de l’art. 8, qui n’est limitée ni par la notion de propriété ni par le droit applicable en matière d’intrusion, a amené notre Cour à conclure, dans *Plant*, qu’une personne a une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel dont disposent d’autres personnes à son sujet. Le juge Sopinka, s’exprimant pour la majorité, a dit ceci (à la p. 293):

... pour que la protection constitutionnelle s’applique, les renseignements saisis doivent être de nature «personnelle et confidentielle». Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d’intégrité et d’autonomie qu’il consacre, il est normal que l’art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État. Il pourrait notamment s’agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu. [Je souligne.]

The focus of the right to privacy, therefore, is the impact of an unreasonable search or seizure on the individual; it matters not where the search and seizure took place.

3. *Ex Ante Protectio*

43 Of critical importance to the present appeal is the fact that s. 8 has been interpreted by this Court, since the seminal case of *Hunter*, to provide *ex ante* protection for privacy rights, rather than merely an *ex post* validation or condemnation of a state intrusion on an individual's privacy. This Court has interpreted s. 8 purposively in order that it may be more than a prohibition against unreasonable search or seizure; s. 8 has been interpreted to guarantee the right to be secure against unreasonable search or seizure (see *Dyment*, at p. 427). As La Forest J. explained in *Dyment*, at p. 430:

... 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. [Emphasis in original.]

L'Heureux-Dubé J. underlined the importance of the *ex ante* protection afforded by s. 8 in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at p. 486, where she stated that "[t]he essence of privacy . . . is that once invaded, it can seldom be regained".

44 Therefore, for s. 8 to protect one's reasonable expectation of privacy effectively it must operate before the search and seizure is executed and before the information is disclosed. Section 8 would have very little value as a guarantee to the right to privacy if it operated only to exclude, *ex post facto*, information obtained in an unreasonable manner; by that time, the individual's privacy has already been violated and the personal and intimate information is in the hands of the authorities.

L'objet principal du droit à la vie privée est par conséquent l'effet d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie abusive sur l'individu; le lieu où cette mesure est exécutée est sans importance.

3. *La protection avant le fait*

D'importance cruciale dans le cadre du présent pourvoi est le fait que, depuis l'arrêt de principe *Hunter*, notre Cour considère que l'art. 8 a pour effet de protéger, avant le fait, les droits relatifs à la vie privée plutôt que de valider ou de condamner, après le fait, les intrusions de l'État dans la vie privée d'une personne. Notre Cour a donné à l'art. 8 une interprétation fondée sur son objet, de manière qu'il constitue davantage qu'une simple interdiction contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives; l'art. 8 a été interprété de façon à garantir le droit à la protection contre de telles mesures (voir *Dyment*, à la p. 427). Comme l'a expliqué le juge La Forest dans *Dyment*, à la p. 430:

... 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. [Souligné dans l'original.]

Le juge L'Heureux-Dubé a souligné l'importance de la protection avant le fait fournie par l'art. 8 dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, où elle a dit, à la p. 486, que «l'essence de la notion de vie privée est telle que, dès qu'on y a porté atteinte, on peut rarement la regagner dans son intégralité».

Par conséquent, pour que l'art. 8 protège efficacement l'attente raisonnable d'une personne en matière de respect de sa vie privée, il doit produire ses effets avant l'exécution de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et avant la divulgation de l'information. L'article 8 n'aurait que très peu de valeur en tant que garantie du droit à la vie privée s'il ne s'appliquait que pour écarter, après le fait, des renseignements obtenus d'une manière abusive. Dans un tel cas, le droit de la personne au respect de sa vie privée a déjà été violé et des renseignements personnels et intimes la concernant se trouvent entre les mains des autorités.

This prophylactic interpretation of s. 8 has found effective expression in the judicial preauthorization requirement developed by Dickson J. in *Hunter*. He stated that an individual's right to privacy must be balanced against the state's interest in law enforcement. He made the following comments with respect to when the balance of interests should be assessed (at p. 160):

If the issue to be resolved in assessing the constitutionality of searches under s. 10 [of the *Combines Investigation Act*, which could be equated here with searches associated with a criminal investigation and in anticipation of a prosecution under the *Criminal Code*] were [whether] in fact the governmental interest in carrying out a given search outweighed that of the individual in resisting the governmental intrusion upon his privacy, then it would be appropriate to determine the balance of the competing interests after the search had been conducted. Such a *post facto* analysis would, however, be seriously at odds with the purpose of s. 8. That purpose is, as I have said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

Thus, s. 8, which guarantees the right to privacy, is engaged and an assessment is made of the right to privacy and the state's interest in law enforcement through the judicial preauthorization process, prior to the execution of the search and seizure.

The reasonableness of a warrantless search and seizure can be assessed by a court after the fact, as illustrated by *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. Lamer J. (as he then was), writing for the majority, listed the three requirements which must be met

Cette interprétation prophylactique de l'art. 8 a pris une forme concrète dans l'exigence relative à l'autorisation judiciaire préalable qu'a énoncée le juge Dickson dans *Hunter*. Dans cet arrêt, le juge Dickson a dit qu'il faut sopeser le droit de la personne visée au respect de sa vie privée et l'intérêt de l'État à l'égard de l'application de la loi. Il a fait les commentaires suivants relativement au moment où les divers intérêts en jeu doivent être sopesés (à la p. 160):

Si la question à résoudre en appréciant la constitutionnalité des fouilles et des perquisitions effectuées en vertu de l'art. 10 [de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, lesquelles pouvaient être assimilées, aux fins de cette affaire, aux fouilles et aux perquisitions effectuées dans le cadre d'une enquête criminelle menée en vue d'intenter une poursuite en vertu du *Code criminel*] était de savoir si en fait le droit du gouvernement d'effectuer une fouille ou une perquisition donnée l'emporte sur celui d'un particulier de résister à l'intrusion du gouvernement dans sa vie privée, il y aurait alors lieu de déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée. Cependant, une telle analyse après le fait entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8. Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l'original.]

En conséquence, l'art. 8, qui garantit le droit à la vie privée, entre alors en jeu et le droit de l'individu au respect de sa vie privée et l'intérêt de l'État en matière d'application de la loi sont sopesés, par l'application du processus d'autorisation judiciaire préalable, avant l'exécution de la fouille, perquisition ou saisie envisagée.

Le caractère raisonnable d'une fouille, perquisition ou saisie exécutée sans mandat peut être apprécié par une cour de justice après le fait, comme en témoigne l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), s'exprimant pour la majorité, a énuméré les trois conditions qui doivent être respectées pour

for a warrantless search to be “reasonable” under s. 8 (at p. 278):

- (a) it must be authorized by law;
- (b) the law itself must be reasonable; and
- (c) the manner in which the search was carried out must be reasonable.

In the present case, Swiss law permitted the execution of the request and governed the manner in which the search and seizure was carried out; Swiss laws and standards are not subject to *Charter* scrutiny. However, the present appeal asks the Court to determine whether the prior judicial authorization requirement of s. 8 is relevant to the actions of the Canadian authorities in requesting the search and seizure. Scrutiny of the actions of the Canadian authorities prior to the execution of the search and seizure by the Swiss authorities accords with the *ex ante* protection of privacy interests contemplated by s. 8.

B. At What Point Is Section 8 Engaged?

48

The Chief Justice concludes that s. 8 protection was not triggered in the present case because the respondent did not have a reasonable expectation of privacy in the circumstances. As a result, the preauthorization process was not justified or required. I respectfully disagree. In my opinion, the respondent did have a reasonable expectation of privacy with respect to the information sought by the Canadian authorities and s. 8 consequently applies in full force with all of its attendant guarantees and preventative measures.

49

In my view, whether an individual’s privacy interests will attract s. 8 protection depends on whether a “reasonable person would expect that the investigative technique in question so entrenched on personal privacy that it should only be available with some form of judicial pre-authorization” (see S. C. Hutchison, J. C. Morton and M. P. Bury,

qu’une fouille ou perquisition effectuée sans mandat ne soit pas considérée «abusive» au sens de l’art. 8 (à la p. 278):

- a) elle doit être autorisée par la loi;
- b) la loi habilitante ne doit pas elle-même être abusive;
- c) la fouille ne doit pas avoir été effectuée d’une manière abusive.

En l’espèce, le droit suisse autorisait l’exécution de la demande et régissait la manière dont la perquisition et la saisie seraient effectuées; les lois et normes suisses ne sont pas assujetties à un examen fondé sur la *Charte*. Cependant, dans le cadre du présent pourvoi, la Cour est appelée à déterminer si la procédure d’autorisation judiciaire préalable exigée par l’art. 8 est pertinente en ce qui concerne les mesures prises par les autorités canadiennes, soit la présentation d’une demande de perquisition et de saisie. L’examen des mesures prises par les autorités canadiennes avant l’exécution par les autorités suisses de la perquisition et de la saisie est conforme à la protection — avant le fait — du droit à la vie privée envisagée par l’art. 8.

B. À quel moment l’art. 8 entre-t-il en jeu?

Le Juge en chef conclut que la protection de l’art. 8 n’est pas entrée en jeu dans le présent cas parce que l’intimé n’avait pas d’attente raisonnable en matière de vie privée dans les circonstances. En conséquence, le processus d’autorisation préalable n’était ni justifié ni nécessaire. Avec égards, je ne suis pas d’accord. À mon avis, l’intimé avait effectivement une attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard des renseignements demandés par les autorités canadiennes et, en conséquence, l’art. 8 s’applique avec toute sa vigueur et avec toute sa panoplie de garanties et mesures préventives.

À mon avis, la question de savoir si le droit à la vie privée d’une personne fait entrer en jeu la protection garantie par l’art. 8 dépend de la réponse à la question de savoir si une [TRADUCTION] «personne raisonnable considérerait que les techniques d’enquête en cause violent à ce point la vie privée de la personne que leur utilisation devrait être

Search and Seizure Law in Canada (1993 (loose-leaf)) at p. 1-12). This brings us back to the concept of reasonable expectation of privacy; the preventative/prophylactic guarantees and measures which are at the heart of s. 8 are not engaged until a reasonable expectation of privacy in the information sought has been recognized.

This Court has taken this approach to s. 8 on numerous occasions where it has recognized that there are two distinct inquiries which must be made in relation to s. 8: (1) does the individual have a reasonable expectation of privacy in the circumstances? (2) if yes, was the search and seizure reasonable? (see for example *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45; see also *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341). In my view, once it is established that an individual does have a reasonable expectation of privacy in a given circumstance, then s. 8 and its preventative measures are engaged.

This Court has considered the means through which a reasonable expectation of privacy may be identified in a given set of circumstances. La Forest J. recognized in *Dyment* that there are certain situations in which we should be "alert to privacy considerations" (p. 428). He noted that privacy claims can be grouped into categories: territorial or spatial privacy, privacy of the person, and privacy in relation to information (citing the Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice (1972), *Privacy and Computers*, at pp. 12-14). With respect to privacy in relation to information, which is directly at issue in the present appeal, La Forest J. made the following observations (at pp. 429-30):

subordonnée à l'obtention d'une certaine forme d'autorisation judiciaire préalable» (voir S. C. Hutchinson, J. C. Morton et M. P. Bury, *Search and Seizure Law in Canada* (1993 (édition à feuilles mobiles)), à la p. 1-12). Cela nous ramène au concept d'attente raisonnable en matière de vie privée; les garanties et mesures préventives ou prophylactiques qui sont au cœur de l'art. 8 n'entrent en jeu que lorsque l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements en cause a été reconnue.

Notre Cour a appliqué cette approche à l'égard de l'art. 8 dans de nombreuses affaires, où elle a reconnu qu'il fallait procéder à deux examens distincts relativement à cet article: (1) L'individu a-t-il une attente raisonnable en matière de vie privée dans les circonstances? (2) Si oui, la fouille, perquisition ou saisie était-elle raisonnable? (voir, par exemple, *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, au par. 45; voir également l'arrêt *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341). À mon avis, dès qu'il est établi que la personne concernée a effectivement une attente raisonnable quant au respect de sa vie privée dans une situation donnée, l'art. 8 et les mesures préventives découlant de son application entrent en jeu.

Notre Cour a déjà examiné les moyens de discerner s'il existe une attente raisonnable en matière de vie privée dans des circonstances données. Dans *Dyment*, le juge La Forest a reconnu qu'il y a des cas où nous devrions être «sensibles aux considérations de vie privée» (p. 428). Il a souligné que les revendications du respect de la vie privée peuvent être réparties en trois catégories: celles qui comportent des aspects territoriaux ou spatiaux, celles qui ont trait à la personne et celles qui ont trait à l'information (le juge La Forest se référait alors au Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice (1972) sur *L'ordinateur et la vie privée*, aux pp. 12 à 15). En ce qui concerne le droit à la vie privée en matière d'information, lequel est directement en cause dans le présent pourvoi, le juge La Forest a fait les observations suivantes (aux pp. 429 et 430):

This too [privacy in relation to information] is based on the notion of the dignity and integrity of the individual. As the Task Force put it (p. 13): "This notion of privacy derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit." 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. [Emphasis added.]

52

In *Plant, supra*, Sopinka J. set out more precise guidelines for determining whether an individual has a reasonable expectation of privacy with respect to certain information entitling him/her to s. 8 protection. Sopinka J.'s guidelines took the form of a contextual framework which he described as follows (at p. 293):

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allow for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement.

53

Sopinka J. concluded that Plant did not have a reasonable expectation of privacy with respect to his electricity records, which while revealing the pattern of electricity consumption in the residence, cannot reasonably be said to reveal intimate details of the individual's life. Sopinka J. concluded as follows (at p. 296):

... the appellant cannot be said to have held a reasonable expectation of privacy in relation to the computerized electricity records which outweighs the state interest in enforcing the laws relating to narcotics offences. As such, the appellant has failed to bring this search

Cet aspect aussi [le droit à la vie privée en matière d'information] est fondé sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne. Comme l'affirme le groupe d'étude (à la p. 13): «Cette conception de la vie privée découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend.» 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 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. [Je souligne.]

Dans *Plant*, précité, le juge Sopinka a énoncé des directives plus précises en vue de déterminer si la personne en cause a, relativement à certains renseignements, une attente raisonnable en matière de vie privée lui donnant droit à la protection de l'art. 8. Les directives du juge Sopinka ont pris la forme d'un cadre contextuel, qu'il a décrit ainsi (à la p. 293):

L'examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi.

Le juge Sopinka a conclu que M. Plant n'avait pas d'attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ses dossiers de consommation d'électricité, car on ne pouvait raisonnablement affirmer que ceux-ci, même s'ils révélaient le niveau de consommation d'électricité dans la résidence, dévoilaient des détails intimes du mode de vie de la personne visée. Le juge Sopinka a conclu ainsi (à la p. 296):

... on ne peut considérer que l'appelant avait, en ce qui concerne les dossiers informatisés de consommation d'électricité, une attente raisonnable quant au respect de sa vie privée qui l'emporte sur le droit de l'État d'assurer l'application des lois relatives aux infractions en

within the parameters of s. 8 of the Charter. [Emphasis added.]

Lacking a reasonable expectation of privacy in relation to the information, the individual did not benefit from the preventative guarantee of s. 8; judicial preauthorization for the valid seizure of the information was not required.

A number of principles can be distilled from the above-mentioned portions of the *Dyment* and *Plant* decisions. Law enforcement authorities must be alert to the privacy interests of individuals with respect to a biographical core of personal information. A reasonable expectation of privacy triggers the application of the s. 8 guarantees. Where a reasonable expectation of privacy exists and is threatened by a proposed governmental intrusion, law enforcement authorities are obliged to seek judicial preauthorization for their actions. Where, on the facts, the individual cannot claim a reasonable expectation of privacy with respect to the information sought, s. 8 does not apply at all and the authorities need not proceed through the preauthorization process.

C. Section 8 and the Present Facts: Does the Respondent Have a Reasonable Expectation of Privacy With Respect to His Swiss Bank Records?

In accordance with the principles discussed above, s. 8 will apply to protect the respondent's privacy interests if the respondent is able to establish that he had a reasonable expectation of privacy with respect to his Swiss bank accounts. Applying the contextual framework developed by Sopinka J. in *Plant*, I conclude that the respondent does have a reasonable expectation of privacy with respect to his Swiss bank records. Banking information, unlike electricity records, does reveal intimate personal details about an individual including finan-

cière de stupéfiants. À ce titre, l'appelant n'a pas réussi à inscrire la perquisition dans les paramètres de l'art. 8 de la Charte. [Je souligne.]

N'ayant aucune attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements en cause, la personne concernée n'a pas eu droit à la garantie préventive prévue par l'art. 8; l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable n'était pas nécessaire pour valider la saisie.

Un certain nombre de principes peuvent être formulés à partir des passages précités des arrêts *Dyment* et *Plant*. Les autorités chargées de l'application de la loi doivent être sensibles au droit d'une personne au respect de sa vie privée relativement à un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel la concernant. L'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée déclenche l'application des garanties prévues par l'art. 8. Lorsqu'il existe une attente raisonnable en matière de vie privée et que celle-ci est menacée par une intrusion projetée par le gouvernement, les autorités chargées de l'application de la loi sont tenues d'obtenir une autorisation judiciaire avant d'agir. En revanche, lorsque, à la lumière des faits, la personne concernée ne peut revendiquer une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements visés, l'art. 8 ne s'applique pas du tout et les autorités n'ont pas à suivre le processus d'autorisation préalable.

C. L'article 8 et les faits de l'espèce: L'intimé a-t-il une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ses documents bancaires suisses?

Conformément aux principes analysés plus haut, l'art. 8 s'appliquera et protégera le droit à la vie privée de l'intimé si celui-ci est en mesure d'établir qu'il avait une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ses comptes bancaires en Suisse. Appliquant le cadre contextuel élaboré par le juge Sopinka dans *Plant*, je conclus que l'intimé a effectivement une telle attente à l'égard de ses documents bancaires suisses. Contrairement aux dossiers de consommation d'électricité, les renseignements bancaires révèlent des détails per-

cial status and intimate lifestyle choices. Second, the relationship between a bank and a client can be characterized as one of confidence, which, according to *Plant*, leads to a greater expectation of privacy in the information. Finally, according to *Plant*, if the information is readily available without intrusion or the involvement of a third party, then it is less likely to constitute a violation of the individual's privacy. In this case, the information had to be obtained through intrusion of the Swiss bank and with the assistance of a third party; this points to a reasonable expectation of privacy in the information on the part of the respondent.

sonnels sur la personne visée, notamment sa situation financière et des choix intimes concernant son mode de vie. Deuxièmement, on peut qualifier les rapports qui existent entre la banque et son client de relation de confiance qui, suivant l'arrêt *Plant*, donne lieu à une plus grande attente en matière de vie privée relativement aux renseignements en cause. Enfin, selon ce même arrêt, si les renseignements visés sont facilement accessibles sans intrusion ou sans le concours d'un tiers, il y a alors moins de chances qu'il y ait violation de la vie privée de la personne concernée. En l'espèce, les renseignements ont dû être obtenus par intrusion dans la banque suisse et avec le concours d'un tiers, ce qui tend à indiquer que l'intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ces renseignements.

56 The Chief Justice concluded that "a search carried out by foreign authorities, in a foreign country, in accordance with foreign law does not infringe on a person's reasonable expectation of privacy, as he or she cannot reasonably expect more privacy than he or she is entitled to under that foreign law" (para. 25). With respect, I cannot agree. The search and seizure was initiated by the Government of Canada by formal request to the Government of Switzerland in the absence of a treaty. The request was in furtherance of a Canadian investigation presumably leading to prosecution of a Canadian in Canada for an alleged violation of the Canadian *Criminal Code*. The right to privacy, as it has been interpreted under the *Charter*, protects people and not places. The impact on the individual of a search and seizure of bank records is the same whether the search and seizure took place in Canada or in Switzerland. The respondent has a reasonable expectation of privacy with respect to banking information no matter where the accounts are held. It is entirely reasonable, in my view, that the respondent should expect that Canadian authorities will not be able to request the assistance of Swiss authorities in obtaining his Swiss bank records without first

Le Juge en chef a conclu qu'«une fouille ou une perquisition effectuée par des autorités étrangères, dans un pays étranger, conformément au droit de ce pays, ne porte pas atteinte aux attentes raisonnables d'une personne en matière de vie privée, étant donné que cette dernière ne peut raisonnablement s'attendre à bénéficier, en matière de vie privée, d'une protection plus étendue que celle à laquelle elle a droit en vertu du droit de ce pays» (par. 25). Avec égards, je ne peux souscrire à cette conclusion. La procédure de perquisition et de saisie a été amorcée par le gouvernement du Canada par la présentation d'une demande formelle au gouvernement de la Suisse, vu l'absence de traité entre les deux pays. La demande a été présentée dans le cadre d'une enquête canadienne qui, peut-on présumer, aurait abouti, au Canada, à des poursuites reprochant à un Canadien une infraction au *Code criminel* canadien. Le droit à la vie privée, tel qu'il a été interprété en vertu de la *Charte*, protège les personnes et non des lieux. L'effet sur l'individu d'une perquisition et de la saisie de documents bancaires est le même, que la perquisition et la saisie aient lieu au Canada ou en Suisse. L'intimé a une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements bancaires, peu importe l'endroit où se trouvent les comptes. Il est tout à fait raisonnable, à mon avis, que l'intimé s'attende à ce que les autorités canadiennes ne puissent solliciter l'assistance des autorités suisses

obtaining some form of judicial preauthorization in Canada.

Justice L'Heureux-Dubé concludes, as mentioned above, that the letter of request is not subject to s. 8 scrutiny at all. In support of her conclusion she provides as an example the procedure for requests for assistance in the execution of a search and seizure between Canadian jurisdictions. The requesting authorities need not obtain prior judicial authorization in accordance with s. 8 before sending the request. Section 8 does not apply until the request is received, at which point a warrant must be obtained for the execution of the search and seizure. With respect, I do not find this example persuasive. In the domestic context, the requesting authority knows that the request will be subject to judicial scrutiny prior to the execution of the proposed search and seizure. In the present context, to the contrary, we have not been told whether the Swiss authorities will examine or review the basis behind a foreign request for a search and seizure nor are we aware of the form that any such examination would take. However, we have been told, as has been mentioned by the courts below, that there is a reasonable expectation that the request will be acted upon by the Swiss authorities.

It is somewhat formalistic to conclude that the procedure used within Canada to scrutinize interjurisdictional requests for assistance provides a full answer to the present case. A formalistic or legalistic approach is contrary to *Charter* jurisprudence which has long held that the rights that it guarantees must be interpreted generously and in a purposive manner (see *Dyment*, at p. 426; see also *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, and *Hunter*, at p. 155). It is more appropriate to approach the issue on a principled basis. The respondent's reasonable expectation of privacy with respect to the information sought by the Canadian authorities is determined and the action of the Canadian authorities, the issuing of the letter

pour obtenir ses documents bancaires en Suisse sans obtenir une certaine forme d'autorisation judiciaire préalable au Canada.

Le juge L'Heureux-Dubé conclut, comme il a été mentionné plus tôt, que la lettre de demande n'est aucunement assujettie à un examen fondée sur l'art. 8. Au soutien de sa conclusion, elle donne comme exemple la procédure que doit suivre une province canadienne pour solliciter l'assistance d'une autre province en vue de l'exécution d'une fouille, perquisition ou saisie. Les autorités qui présentent la demande d'assistance n'ont pas à obtenir d'autorisation judiciaire préalable conformément à l'art. 8 avant d'envoyer leur demande. L'article 8 ne s'applique pas tant que la demande n'a pas été reçue, moment où il faut obtenir un mandat autorisant la fouille, perquisition ou saisie. Avec égards, je ne trouve pas cet exemple convaincant. Dans le contexte canadien, les autorités qui présentent la demande savent que celle-ci fera l'objet d'un examen judiciaire avant l'exécution de la fouille, perquisition ou saisie proposée. Dans le contexte de la présente affaire, au contraire, on ne nous a pas dit si les autorités suisses examineront le fondement de la demande de fouille, perquisition et saisie présentée par un gouvernement étranger, nous ne savons pas non plus quelle forme prendrait un tel examen. Cependant, on nous a dit, comme l'ont mentionné les juridictions inférieures, que l'on s'attendait raisonnablement à ce que les autorités suisses donnent suite à la demande.

Il est quelque peu formaliste de conclure que la procédure appliquée au Canada pour examiner les demandes d'assistance présentées par une province à une autre permet de répondre complètement à la question soulevée en l'espèce. L'application d'une approche formaliste ou légaliste est contraire à la jurisprudence relative à la *Charte*, qui reconnaît depuis longtemps que les droits garantis par ce texte doivent être interprétés généreusement et en fonction de l'objet visé (voir *Dyment*, à la p. 426; voir également *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, et *Hunter*, à la p. 155). Il est plus approprié d'appliquer à la question une approche fondée sur des principes. L'intimé a bel et bien une attente raisonnable en matière de vie

of request, effectively puts the respondent's privacy interests in jeopardy; s. 8 therefore applies to balance the interests of the state and those of the respondent through a judicial preauthorization procedure. This result is in accordance with the broad and liberal interpretation consistently applied to s. 8 by this Court in an effort "to secure the citizen's right to a reasonable expectation of privacy against governmental encroachments" (*Dyment*, at p. 426). A failure to apply s. 8 to the letter of request may result in the respondent's privacy interests in effect "falling between two stools". I say this because through the international situation at play herein, we have no assurance that judicial preauthorization has been observed such that one of the cornerstones of the s. 8 approach has been ignored.

59 As I acknowledged from the outset, I agree that the manner in which the actual search and seizure is carried out remains to be determined by Swiss law and not by Canadian law. Of course, a Canadian court may resolve to exclude evidence obtained by foreign authorities at the request of Canadian authorities if the manner of the search and seizure is unreasonable or offensive; however, there is no such evidence before the Court, and that would be a case for another day. A more satisfactory resolution results from the application of s. 8 to the actions of the Canadian authorities in issuing the letter of request; this does not amount to an extraterritorial application of the *Charter* and it serves to protect the respondent's privacy interests.

60 I conclude that the respondent, having a reasonable expectation of privacy with respect to the information sought by the Canadian authorities, falls within the protective framework provided by s. 8 of the *Charter*. Section 8 therefore applies in the circumstances and its substantive guarantees are activated and serve to protect the respondent's

privée relativement aux renseignements demandés par les autorités canadiennes, et la mesure prise par ces dernières, c'est-à-dire l'envoi d'une lettre de demande, met en péril le droit de l'intimé au respect de sa vie privée; l'art. 8 s'applique donc pour mettre en équilibre, par une procédure d'autorisation judiciaire préalable, les intérêts de l'État et ceux de l'intimé. Ce résultat est conforme à l'interprétation large et libérale constamment appliquée par notre Cour à l'art. 8 en vue de «garantir au citoyen le droit d'être protégé contre les atteintes du gouvernement à ses attentes raisonnables en matière de vie privée» (*Dyment*, à la p. 426). Ne pas appliquer l'art. 8 à la lettre de demande pourrait avoir pour effet de faire tomber carrément «entre deux chaises» le droit de l'intimé au respect de sa vie privée. Je dis cela car, compte tenu de la situation internationale en jeu ici, rien ne nous garantit que le principe de l'autorisation judiciaire préalable a été observé, et en conséquence l'une des pierres angulaires de l'analyse fondée sur l'art. 8 a été omise.

Comme je l'ai reconnu au départ, je conviens que la façon dont la perquisition et la saisie sont exécutées est déterminée par le droit suisse et non par le droit canadien. Bien entendu, une cour de justice canadienne peut décider d'écarter des éléments de preuve obtenus par des autorités étrangères, à la demande d'autorités canadiennes, si la perquisition et la saisie ont été effectuées de manière abusive ou choquante; cependant, aucune preuve d'une telle situation n'a été présentée à la Cour, ce qui d'ailleurs constituerait une autre affaire. Une solution plus satisfaisante résulte de l'application de l'art. 8 à la mesure prise par les autorités canadiennes, soit l'envoi de la lettre de demande; cela n'équivaut pas à une application extraterritoriale de la *Charte* et contribue à protéger le droit de l'intimé au respect de sa vie privée.

Je conclus que, comme l'intimé a une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements demandés par les autorités canadiennes, il bénéficie de la protection de l'art. 8 de la *Charte*. L'article 8 s'applique donc dans les circonstances et ses garanties substantielles entrent en jeu afin de protéger le droit de l'intimé au res-

privacy interests. Consequently, the Canadian authorities, in seeking information in which the respondent has a reasonable expectation of privacy, had an obligation to comply with s. 8 in drafting and issuing the letter of request; compliance with s. 8 would require judicial preauthorization for the state intrusion on the respondent's privacy. Having failed to comply with the s. 8 requirements, the search and seizure was neither valid nor reasonable in the circumstances.

For the foregoing reasons, the appeal should be dismissed with costs and the holding of the majority of the Court of Appeal affirmed. The question put before the Court by way of a special case must be answered in the affirmative: the Canadian standard for the issuance of a search warrant should have been satisfied before the Minister of Justice and Attorney General of Canada submitted a letter of request asking Swiss authorities to search for and seize the respondent's banking documents and records. However, pursuant to the submissions of the appellant, I would order that the effect of this decision be suspended for six months in order that the required legal changes, including the appropriate standard for judicial preauthorization in the international context, may be made.

Appeal allowed with costs, GONTHIER and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: George M. Thomson, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Hladun & Company, Edmonton.

Solicitor for the intervener: Claude Girard, Montréal.

pect de sa vie privée. En conséquence, en demandant des renseignements à l'égard desquels l'intimé a une attente raisonnable en matière de vie privée, les autorités canadiennes avaient l'obligation de respecter l'art. 8 quand elles ont rédigé et envoyé la lettre de demande; le respect de l'art. 8 exigeait que l'intrusion de l'État dans la vie privée de l'intimé n'ait lieu qu'après l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable. Comme les autorités canadiennes ont omis de respecter les exigences de l'art. 8, la perquisition et la saisie n'étaient ni valides ni raisonnables dans les circonstances.

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi devrait être rejeté avec dépens et la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel confirmée. La question soumise à la Cour fédérale par voie de mémoire spécial doit recevoir une réponse affirmative: La norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition aurait dû être respectée avant que le ministre de la Justice et procureur général du Canada présente aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et les dossiers bancaires de l'intimé. Cependant, conformément aux observations faites par l'appelant, j'ordonnerais la suspension de l'effet de la présente décision pendant six mois afin que les changements requis puissent être apportés à la loi, y compris l'établissement de la norme appropriée en matière d'autorisation judiciaire préalable en contexte international.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges GONTHIER et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureur de l'appelant: George M. Thomson, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Hladun & Company, Edmonton.

Procureur de l'intervenant: Claude Girard, Montréal.



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1998 Vol. 1

6^e cahier, 1998 Vol. 1

Cited as [1998] 1 S.C.R. 877-1078

Renvoi [1998] 1 R.C.S. 877-1078

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1998.

CONTENTS

M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp. 1074

Appeal — Supreme Court of Canada — Stay of proceedings — Crown agent — Manitoba agricultural credit corporation holding mortgage on farm land — Court of Appeal judgment ordering that land be vested in corporation's name — Supreme Court ordering corporation to refrain from selling land pending disposition of appeal — Corporation as Crown agent subject to stay even if relief granted can be characterized as an injunction — Manitoba legislation which bars grant of injunctive relief against Crown not constitutionally controlling what relief may be granted by Supreme Court under its Act — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1998.

SOMMAIRE

M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba 1074

Appel — Cour suprême du Canada — Suspension des procédures — Représentant de la Couronne — Société du crédit agricole du Manitoba titulaire d'une hypothèque grevant un bien-fonds agricole — Jugement de la Cour d'appel ordonnant la dévolution du bien-fonds au nom de la Société — Ordonnance de la Cour suprême intimant à la Société de ne pas vendre le bien-fonds avant l'issue de l'appel — Société assujettie à la suspension en tant que représentant de la Couronne même si le redressement peut être qualifié d'injonction — Législation manitobaine interdisant les injonctions contre la Couronne ne peut pour des raisons constitutionnelles régir les redressements

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) 982

Administrative law — Standard of review — Immigration and Refugee Board — Standard of review applicable to Board's decision.

Immigration — Convention refugee — Exclusion — Refugee Convention not applicable to those who are "guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations" — Individual guilty of serious narcotics offence in Canada claiming refugee status — Whether claim for refugee status should be denied — Meaning of phrase "guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations" — Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, Art. 1F(c).

R. v. Abdallah 980

Criminal law — Evidence — Credibility — Accused convicted of sexual assault and unlawful confinement — Court of Appeal not erring in upholding verdict.

R. v. Bernier 975

Criminal law — Sexual assault — Touching of mentally handicapped persons — Consent — Convictions entered by Court of Appeal upheld.

R. v. Druken 978

Criminal law — Jurisdiction — Appeal — Pre-trial decision to remove counsel not going to jurisdiction — Decision to be reviewed after trial through normal appeal process.

R. v. Mullins-Johnson 977

Criminal law — Charge to jury — Trial judge adequately explaining defence position to jury.

Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General) 877

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Opinion surveys — Elections — Federal elections legislation prohibiting publication, dissemination or broadcasting of opinion survey results on last weekend of election campaign and on polling day — Whether legislation infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 322.1.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Access to information during election — Restrictions on opinion survey results — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 3 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 322.1.

SOMMAIRE (Suite)

pouvant être accordés par la Cour suprême en vertu de sa loi habilitante — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) 982

Droit administratif — Norme de contrôle — Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Norme de contrôle applicable à une décision de la Commission.

Immigration — Convention relative au statut des réfugiés — Exclusion — Inapplication de la Convention relative au statut des réfugiés aux personnes qui «se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies» — Revendication du statut de réfugié par une personne reconnue coupable au Canada d'une grave infraction liée aux stupéfiants — La revendication du statut de réfugié devrait-elle être rejetée? — Sens des mots «coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies» — Convention relative au statut des réfugiés des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1F(c).

R. c. Abdallah 980

Droit criminel — Preuve — Crédibilité — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et de séquestration — Verdict confirmé à juste titre par la Cour d'appel.

R. c. Bernier 975

Droit criminel — Agression sexuelle — Attouchements sur des personnes handicapées mentalement — Consentement — Déclarations de culpabilité prononcées par la Cour d'appel confirmées.

R. c. Druken 978

Droit criminel — Compétence — Appel — La décision antérieure au procès de révoquer un avocat ne touche pas à la compétence et doit être examinée après le procès selon le processus normal d'appel.

R. c. Mullins-Johnson 977

Droit criminel — Exposé au jury — Juge du procès expliquant suffisamment au jury le point de vue de la défense.

Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général) 877

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Sondages d'opinion — Elections — Loi électorale fédérale interdisant de publier, de diffuser ou d'annoncer les résultats de sondages d'opinion au cours de la dernière fin de semaine d'une campagne électorale et le jour du scrutin — Cette loi porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte cana-

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

dienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 322.1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Accès à l'information durant une élection — Restrictions visant les résultats de sondages d'opinion — Charte canadienne des droits et libertés, art. 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 322.1.

Thomson Newspapers Company Limited, doing business as *The Globe and Mail*, *The Evening Telegram*, *Winnipeg Free Press* and *Times-Colonist*, and Southam Inc. Appellants

v.

The Attorney General of Canada Respondent

and

The Attorney General of British Columbia and the Canadian Civil Liberties Association Intervenors

INDEXED AS: THOMSON NEWSPAPERS CO. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 25593.

1997: October 9; 1998: May 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Opinion surveys — Elections — Federal elections legislation prohibiting publication, dissemination or broadcasting of opinion survey results on last weekend of election campaign and on polling day — Whether legislation infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 322.1.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Access to information during election — Restrictions on opinion survey results — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 3 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 322.1.

The appellants brought an application for a declaration that s. 322.1 of the *Canada Elections Act* violates freedom of expression and the right to vote guaranteed

*Sopinka J. took no part in the judgment.

Thomson Newspapers Company Limited, faisant affaire sous les dénominations *The Globe and Mail*, *The Evening Telegram*, *Winnipeg Free Press* et *Times-Colonist*, et Southam Inc. Appelantes

c.

Le procureur général du Canada Intimé

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique et l'Association canadienne des libertés civiles Intervenants

RÉPERTORIÉ: THOMSON NEWSPAPERS CO. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 25593.

1997: 9 octobre; 1998: 29 mai.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Sondages d'opinion — Élections — Loi électorale fédérale interdisant de publier, de diffuser ou d'annoncer les résultats de sondages d'opinion au cours de la dernière fin de semaine d'une campagne électorale et le jour du scrutin — Cette loi porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 322.1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Accès à l'information durant une élection — Restrictions visant les résultats de sondages d'opinion — Charte canadienne des droits et libertés, art. 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 322.1.

Les appelantes ont présenté une requête sollicitant une déclaration portant que l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* viole la liberté d'expression et le droit

*Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

by ss. 2(b) and 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The impugned section prohibits the broadcasting, publication or dissemination of opinion survey results during the final three days of a federal election campaign. The Ontario Court (General Division) denied the appellants' application, holding that s. 322.1 did not violate a citizen's right to vote and that, although the section infringed freedom of expression, it was justified under s. 1 of the *Charter*. The Court of Appeal affirmed the judgment.

Held (Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: Section 322.1 of the *Canada Elections Act*, which applies only to "new" poll results, infringes s. 2(b) of the *Charter*. The publication of opinion survey results is an activity that conveys meaning and therefore falls within the ambit of s. 2(b). By prohibiting the broadcasting, publication or dissemination of opinion survey results during the final three days of an election campaign, s. 322.1 restricts freedom of expression.

Section 322.1 is not justified under s. 1 of the *Charter*. All the steps of a s. 1 analysis must be undertaken with a close attention to context. Characterizing the context of the impugned provision is important in order to determine the type of proof which a court can demand of the legislator to justify its measures under s. 1. In the course of a contextual approach under s. 1, the vulnerability of the group which the legislator seeks to protect, that group's own subjective fears or apprehension of harm, the inability to measure scientifically a particular harm, and the efficaciousness of a remedy, are all factors which the court must take into account in assessing whether a limit has been demonstrably justified according to the civil standard of proof. Another factor to be considered is the nature of the activity which is infringed. The degree of constitutional protection may vary depending on the nature of the expression at issue. Here, the speech infringed is political information. Opinion surveys regarding political candidates or electoral issues are part of the political process and, thus, at the core of expression guaranteed by the *Charter*. The

de vote garantis respectivement par l'al. 2b) et l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article contesté interdit d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de vote durant les trois derniers jours des campagnes électorales. La Cour de l'Ontario (Division générale) a refusé la requête des appelantes et statué que l'art. 322.1 ne violait pas le droit de vote des citoyens et que, même si cette disposition portait atteinte à la liberté d'expression, elle était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache: L'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada*, qui s'applique uniquement aux résultats de «nouveaux» sondages, porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. La publication des résultats de sondages est une activité qui transmet un message et qui, par conséquent, entre dans le champ d'application de l'al. 2b). En interdisant d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de vote au cours des trois derniers jours des campagnes électorales, l'art. 322.1 limite la liberté d'expression.

L'article 322.1 n'est pas justifié au sens de l'article premier de la *Charte*. Toutes les étapes de l'analyse fondée sur l'article premier doivent être réalisées en accordant une grande attention au contexte. Il importe de qualifier le contexte de la disposition contestée pour déterminer le type de preuve que le tribunal peut demander au législateur d'apporter pour justifier ses mesures au regard de l'article premier. Dans l'application de l'approche contextuelle à l'article premier, la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger, les craintes subjectives ou la crainte de préjudice entretenue par ce groupe, ainsi que l'incapacité de mesurer scientifiquement le préjudice particulier en cause ou l'efficacité d'une réparation sont autant de facteurs que le tribunal doit prendre en considération lorsqu'il décide si une restriction est justifiée suivant la norme de preuve applicable en matière civile. Un autre facteur qui doit être pris en considération est la nature de l'activité à laquelle il est porté atteinte. Le degré de protection constitutionnelle peut varier selon la nature de la forme d'expression en cause. Dans le présent cas, le discours visé par l'atteinte est l'information politique. Les sondages concernant les candidats ou les enjeux électoraux font partie du processus politique et sont, de ce fait, au cœur de la liberté d'expression garantie par la *Charte*. La nature de la forme d'expression en litige tend à indiquer

nature of the expression at issue suggests that a deferential approach is inappropriate in this case.

While the objective of providing a period of rest and reflection for voters prior to going to the polls is not a pressing and substantial objective, the objective of guarding against the possible influence of inaccurate polls late in the election campaign by allowing for a period of criticism and scrutiny immediately prior to election day is of sufficient importance to meet the first step of the s. 1 analysis. The purpose of this particular limitation on expression is to ensure that information which the evidence indicates has an important influence on the choice of at least some voters is presented according to the standards of accuracy which polls are normally expected to attain. To the extent that the votes of some might be distorted as a result of polls being presented in a misleading fashion, such a distortion is clearly a matter which the government may legitimately be concerned to remedy.

The three-day blackout period on the publication of polls will serve, to some degree, the purpose of preventing the use of inaccurate polls by voters by giving critics the opportunity to assess the methodological information made available by the pollster and to question the validity of the poll on that basis. To that extent, the ban is rationally connected to the purpose of the legislation. However, since s. 322.1 does not require the publication of methodological information, the most that could be achieved by the blackout period, if an opinion survey is released without such information, is that the validity of a poll could be undermined by pointing out the failure of the pollster to publish the methodology of the poll.

Section 322.1 does not minimally impair freedom of expression. The section is a very crude instrument in serving the government's purpose. The social science evidence did not establish that Canadian voters are a vulnerable group relative to pollsters and the media who publish polls. The presumption should be that the Canadian voter is a rational actor who can learn from experience and make independent judgments about the value of particular sources of electoral information. While some voters clearly do consider polls to be of some value in making their electoral decision, no evidence has been adduced that voters have suffered from any misapprehensions regarding the accuracy of any single poll. Voters are constantly exposed to opinion poll results throughout the election and a single inaccurate poll result is likely to be spotted and discounted approx-

qu'une approche empreinte de retenue est inappropriée en l'espèce.

Alors que l'objectif qui consiste à donner aux électeurs une période de répit et de réflexion avant le scrutin n'est pas urgent et réel, l'objectif qui consiste à prévenir contre l'influence possible de sondages inexacts publiés tard dans les campagnes électorales par l'instauration d'une période de critique et d'examen immédiatement avant le jour du scrutin est suffisamment important pour satisfaire à la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier. L'objectif de cette restriction de la liberté d'expression est de faire en sorte que des données qui, selon la preuve, ont une influence importante sur la décision d'au moins certains électeurs soient présentées avec le niveau d'exactitude qu'on attend normalement des sondages. Dans la mesure où la décision de certains électeurs pourrait être faussée par suite de résultats de sondages présentés d'une manière trompeuse, il est alors manifestement légitime pour le gouvernement d'être préoccupé par cette situation et de vouloir y remédier.

L'embargo de trois jours sur les sondages permet, dans une certaine mesure, de réaliser l'objectif qui consiste à empêcher l'utilisation de sondages inexacts par les électeurs, en donnant aux critiques la possibilité d'évaluer l'information fournie par le sondeur sur la méthodologie qu'il a utilisée et de mettre en doute la validité du sondage sur ce plan. Dans cette mesure, l'interdiction a un lien rationnel avec l'objet de la loi. Toutefois, comme l'art. 322.1 n'exige pas la publication de renseignements méthodologiques, l'embargo permettrait tout au plus d'attaquer la validité d'un sondage en signalant l'omission du sondeur de publier des renseignements sur la méthodologie utilisée pour effectuer le sondage.

L'article 322.1 ne porte pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression. Cette disposition est un instrument très grossier pour réaliser l'objectif du gouvernement. La preuve fondée sur les sciences sociales n'a pas établi que les électeurs canadiens forment un groupe vulnérable par rapport aux sondeurs et aux médias qui publient les sondages. On doit présumer que l'électeur canadien est un être rationnel, capable de tirer des leçons de son expérience et de juger de façon indépendante de la valeur de certaines sources d'information électorale. Bien que certains électeurs estiment que les sondages peuvent éclairer leur décision, il n'a été présenté aucun élément de preuve établissant que les électeurs ont été victimes de méprise quant à l'exactitude d'un sondage. Les électeurs sont constamment bombardés de sondages pendant toute la campagne, et il est

priately. This is not an appropriate case for the government to respond to the paucity of evidence by relying on the "reasoned apprehension of harm" test. First, the claims of widespread or significant harm based on a logical inference derived from surrounding factors are not compelling in the context of factors which, as in this case, refute such logical inferences. Second, the government is not dealing with a vulnerable group which is in danger of manipulation or abuse by the pollsters or the media because of an essential opposition of interests, or because of the nature of the speech itself. Nor is there a shared understanding amongst Canadians that a single inaccurate poll will mislead them to any undue extent.

Where the contextual factors indicate that the government has not established that the harm which it is seeking to prevent is widespread or significant, a deferential approach to the particular means chosen by the legislature to implement the legislative purpose is not warranted. In this case, s. 322.1 is not narrowly tailored to its objective. The ban is overbroad because it prohibits in the final three days of an election campaign the publication and use by voters of all those polls which would meet the usual standards of accuracy. The ban is also underbroad because it may not adequately disabuse voters of an erroneous impression left by a poll which did not disclose its methodology to critics or the public. The obvious alternative was a mandatory disclosure of methodological information without a publication ban. Although such a provision would still leave the door open to inaccurate poll results published immediately prior to the election having some impact, that possibility would be significantly reduced both by virtue of the reader's initial access to those methodological data, and by the opportunity for rapid response by parties whose interests are prejudiced by the inaccurate poll. The failure to address or explain the reason for not adopting a significantly less intrusive measure which appears as effective as that actually adopted weighs heavily against the justifiability of s. 322.1. Finally, the experience of the international community is inconclusive.

The doubtful benefits of the ban are outweighed by its deleterious effects. The impact of s. 322.1 on freedom of

probable qu'un sondage aux résultats inexacts sera repéré et écarté comme il se doit. Il ne s'agit pas d'un cas où le gouvernement peut obvier au manque de preuve en invoquant le critère de «l'appréhension raisonnée de préjudice». Premièrement, les prétentions relatives à l'existence d'un préjudice répandu ou important, qui sont fondées sur des inférences logiques tirées de facteurs contextuels, ne sont pas convaincantes en présence de facteurs réfutant ces inférences, comme c'est le cas en l'espèce. Deuxièmement, le gouvernement n'est pas concerné par un groupe vulnérable, qui risque d'être victime de manipulation ou d'abus de la part des sondeurs ou des médias en raison d'un choc fondamental d'intérêts ou de la nature du discours en cause. Il n'existe pas non plus, au sein de la population canadienne, une perception commune voulant qu'un seul sondage inexact puisse tromper les Canadiens dans une mesure indue.

Lorsque les facteurs contextuels indiquent que le gouvernement n'a pas établi que le préjudice qu'il cherche à prévenir est répandu ou important, une approche empreinte de retenue vis-à-vis des moyens particuliers choisis par le législateur pour réaliser un objectif législatif n'est pas justifiée. En l'espèce, l'art. 322.1 n'a pas été conçu strictement en vue de la réalisation de son objectif. L'interdiction est trop générale en ce qu'elle a pour effet d'interdire, durant les trois derniers jours des campagnes électorales, la publication et l'utilisation par les électeurs de tous les sondages qui respectent les normes habituelles d'exactitude. Par ailleurs, l'interdiction est trop limitée parce qu'il est possible qu'elle ne dissipe pas suffisamment chez les électeurs l'impression erronée laissée par un sondage dont la méthodologie n'a pas été communiquée aux critiques ou au public. La solution de rechange évidente était la communication obligatoire des données méthodologiques sans interdiction de publication. Bien qu'une telle disposition laisse encore subsister la possibilité que la publication des résultats d'un sondage inexact immédiatement avant le jour du scrutin ait quelque influence, cette possibilité serait considérablement amoindrie du fait que les électeurs auraient accès à ces données méthodologiques et que les partis auxquels ce sondage serait préjudiciable auraient la possibilité de répliquer rapidement. L'omission d'exposer ou d'expliquer la raison pour laquelle on a écarté une mesure beaucoup moins attentatoire, qui semble aussi efficace que celle effectivement prise, milite fortement contre la reconnaissance du caractère justifiable de l'art. 322.1. Finalement, l'expérience au niveau international n'est pas concluante.

Les effets préjudiciables de l'interdiction l'emportent sur ses avantages douteux. L'effet de l'art. 322.1 sur la

expression is profound. The section imposes a complete ban on political information at a crucial time in the electoral process. The ban interferes with the rights of voters who want access to the most timely polling information available, and with the rights of the media and pollsters who want to provide it. Although it is conceivable that some indeterminate number of voters might be unable to spot an inaccurate poll result and might rely to a significant degree on the error, thus perverting their electoral choice, the government cannot take the most uninformed and naive voter as the standard by which constitutionality is assessed. A measure which decides that information which is desired and can be rationally and properly assessed by the vast majority of the voting electorate should be withheld because of a concern that a very few voters might be so confounded that they would cast their vote for a candidate whom they would not have otherwise preferred cannot be accepted. Given the state of the evidence adduced on this issue, the postulated harm will seldom occur. The benefits of the ban are, therefore, marginal. The deleterious effects, however, are substantial. The ban sends the general message that the media can be constrained by government not to publish factual information. As well, the ban interferes with the media's reporting function with respect to the election. Further, by denying access to electoral information which some voters may consider useful, the ban interferes not only with their freedom of expression, but also with their perception of the freeness and validity of their vote. In sum, the very serious invasion of the freedom of expression of all Canadians is not outweighed by the speculative and marginal benefits postulated by the government.

In light of the conclusion that s. 322.1 of the *Canada Elections Act* is an unjustified limit on free expression, it is unnecessary to determine whether the section constitutes an infringement of the right to vote protected by s. 3 of the *Charter*.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier J.J. (dissenting): Section 322.1 of the *Canada Elections Act* does not infringe s. 3 of the *Charter*. A restriction on information would constitute an infringement of the right to vote under s. 3 only if it undermines the guarantee of effective representation. In the instant case, the

liberté d'expression est profond. La disposition impose une interdiction complète visant de l'information politique à un moment crucial du processus électoral. Cette interdiction porte atteinte, d'une part, aux droits des électeurs qui veulent avoir accès à l'information la plus à-propos disponible en matière de sondage, et, d'autre part, aux droits des médias et des sondeurs qui désirent fournir cette information. Même s'il est concevable qu'un nombre indéterminé d'électeurs pourraient être incapables de déceler des résultats de sondage inexacts et pourraient, dans une mesure importante, s'appuyer sur l'erreur, ce qui fausserait leur choix électoral, le gouvernement ne peut pas faire de l'électeur le moins informé et le plus naïf la norme au regard de laquelle la constitutionnalité est appréciée. On ne peut accepter une mesure disposant que des renseignements qui sont désirés et qui peuvent être évalués rationnellement et adéquatement par la vaste majorité des électeurs ne peuvent être communiqués parce qu'on craint qu'un très petit nombre d'entre eux pourraient être à ce point décontenancés par ces renseignements qu'ils voteraient pour un candidat qu'ils n'auraient pas appuyé autrement. Compte tenu de la preuve présentée sur cette question, le préjudice qui a été posé en postulat ne se produit que rarement. Les avantages de l'interdiction sont par conséquent minimes. Les effets préjudiciables sont toutefois considérables. L'interdiction transmet le message général que les médias peuvent être empêchés par le gouvernement de publier de l'information factuelle. De plus, elle entrave le rôle de communicateurs de l'information des médias en période électorale. En outre, en niant l'accès à une information électorale que certains électeurs peuvent considérer utile, l'interdiction porte non seulement atteinte à leur liberté d'expression, mais également à leur perception que leur vote est libre et valide. En résumé, l'atteinte très grave à la liberté d'expression de tous les Canadiens n'est pas écartée par les avantages hypothétiques minimes avancés par le gouvernement.

Compte tenu de la conclusion selon laquelle l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* constitue une limite injustifiée de la liberté d'expression, il est inutile de décider si cette disposition entraîne une violation du droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte*.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents): L'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada* ne viole pas l'art. 3 de la *Charte*. Pour qu'il y ait violation du droit de vote prévu à l'art. 3, la limitation de l'information doit compromettre la garantie d'une représentation effective. En l'espèce, la cour

short blackout period has no such effect. On the contrary, such a period assists effective representation.

While s. 322.1 limits freedom of expression within the meaning of s. 2(b) of the *Charter*, it constitutes a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*. The objective of preventing the potentially distorting effect of public opinion survey results that are released late in an election campaign when there is no longer a sufficient opportunity to respond is a sufficiently important objective which meets the first step of the s. 1 analysis. Opinion polls on election issues influence voters' decisions and it is important that the information the polls convey not be misleading or inaccurate. By providing for timely publication of poll results to allow scrutiny and criticism, s. 322.1 improves information to the public during election campaigns, enhances the electoral process and strikes a balance between the right to vote and freedom of expression. The social science studies which composed much of the evidence show that there exists a long-standing concern about the publication of opinion survey results during election campaigns in Canada, including the problems associated with the undue influence, late publication and accuracy of polls. In enacting s. 322.1, Parliament has responded to that concern. The *Charter* should not become an impediment to social and democratic progress and be made to serve substantial commercial interests in publishing opinion poll results, by defeating a reasonable attempt by Parliament to allay potential distortion of voter choice. Several studies and reports in the last 30 years on the publication of opinion survey results during election campaigns in Canada, as well as bills in the House of Commons, and legislation in other democratic countries, support Parliament's reasonable finding that the concern at bar was serious.

The second step of the s. 1 analysis — the proportionality test — is also met. First, the rational connection in this case is self-evident. Opinion polls significantly influence voter choice and electoral campaigns. It follows that the publication of inaccurate, though authoritative, opinion survey results that go uncorrected may well lead to voters making misinformed decisions. Logically, there is a reasoned apprehension that voters will

période d'interdiction en litige n'a pas cet effet. Au contraire, une telle interdiction favorise la représentation effective.

Bien que l'art. 322.1 restreigne la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*, il constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*. L'objectif qui consiste à prévenir l'effet déformant susceptible de découler de la publication de résultats de sondages tard dans les campagnes électorales, lorsqu'il ne reste plus assez de temps pour y répondre, constitue un objectif suffisamment important pour satisfaire au premier volet de l'analyse selon l'article premier. Les sondages sur des enjeux électoraux influencent les décisions des électeurs et il est important que l'information qu'ils communiquent ne soit pas erronée ou trompeuse. En pourvoyant à la publication de leurs résultats en temps utile, pour que l'on en fasse l'examen et la critique, l'art. 322.1 améliore la qualité de l'information dont dispose le public pendant les campagnes électorales, renforce le processus électoral et concilie le droit de vote et la liberté d'expression. Il ressort de la preuve présentée, composée en grande partie d'études réalisées dans le domaine des sciences sociales, que la publication des sondages d'opinion pendant les campagnes électorales constitue une préoccupation de longue date au Canada, notamment en ce qui concerne les problèmes liés à l'influence induite des sondages, à leur publication tard dans les campagnes électorales et à leur exactitude. En adoptant l'art. 322.1, le Parlement a réagi à cette préoccupation. La *Charte* ne doit pas devenir un obstacle au progrès social et démocratique et être mise au service de puissants intérêts commerciaux désireux de publier des résultats de sondages, en faisant échouer une tentative raisonnable du Parlement de prévenir la dénaturation potentielle du choix exprimé par les électeurs. Plusieurs rapports et études sur la publication de résultats de sondages d'opinion pendant les campagnes électorales au Canada réalisés au cours des 30 dernières années, ainsi que les projets de loi déposés devant la Chambre des communes et les mesures législatives en vigueur dans d'autres pays démocratiques appuient la conclusion raisonnable du Parlement qu'il y avait là motif sérieux d'inquiétude.

La deuxième étape de l'analyse fondée sur l'article premier — le critère de la proportionnalité — est également respecté. Premièrement, en l'espèce, le lien rationnel est évident. Les sondages d'opinion influencent de façon importante le choix des électeurs et les campagnes électorales. Il s'ensuit que la publication de résultats de sondages qui, quoiqu'ils fassent autorité, sont inexacts et ne sont pas rectifiés, peut fort bien amener les élec-

be deprived of the full exercise of their franchise. Its importance is measured by the significant influence of polls on voters and the prevalence of misleading polls. Ensuring that polls that cannot be adequately, publicly and independently evaluated as to their correctness because of insufficient time are not published clearly addresses this problem.

Second, s. 322.1 passes the minimal impairment analysis. Section 322.1 constitutes a genuine mediation between the rights of voters to receive information in a timely fashion, and the right of pollsters and publishers freely to provide the information they want. Not only does the legislation protect the rights of voters but it does so by serving one of the very purposes of freedom of expression — informing while allowing for political debate and discussion — and by striking a balance between two basic aspects of voters' right to information — the availability of accessible, unrestricted information and the timely availability of factual information that may be misleading so as to allow for scrutiny and criticism. In matching means to ends and asking whether rights are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups is forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck. This Court should not second-guess the wisdom of a legislature in its endeavour to draw the line between competing credible evidence, once it has been established, on the civil standard of proof, that Parliament's objective was pressing and substantial. At this stage, the question is whether there is a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that a blackout on all opinion polls during the last weekend of an election campaign and during election day impairs freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective. Parliament is not bound to find the least intrusive nor the best means. This would be too high a standard for our elected representatives to meet. Here, although one can conceive of alternatives to the impugned measure, there is simply no equally effective alternative to the current short-term blackout for achieving the legislative objective. Based upon the current legislation and the reports and studies available, Parliament reasonably determined that a 72-hour period was necessary to allow meaningful scrutiny of poll results during an election campaign. The 72-hour blackout period is very shortlived and only affects one mode of expression which is not a primary source of information concerning relevant political facts. It

teurs à prendre des décisions mal éclairées. Logiquement, il existe une appréhension raisonnée que certains électeurs soient privés de la possibilité d'exercer pleinement leur droit de vote. L'importance de cette appréhension se mesure à l'influence des sondages sur les électeurs et à la fréquence des sondages trompeurs. Le fait d'interdire la publication de sondages dont l'exactitude ne peut, par manque de temps, être évaluée de manière adéquate, publique et indépendante, vise clairement à résoudre ce problème.

Deuxièmement, l'art. 322.1 est jugé acceptable au terme de l'analyse de l'atteinte minimale. L'article 322.1 constitue un véritable compromis entre le droit des électeurs d'obtenir de l'information en temps utile et celui des sondeurs et des diffuseurs de fournir librement l'information de leur choix. Non seulement cette mesure législative protège-t-elle les droits des électeurs, mais elle le fait en servant l'un des objectifs mêmes de la liberté d'expression — celui d'informer le public tout en permettant la discussion et les débats politiques — et en établissant un équilibre entre deux aspects fondamentaux du droit des électeurs à l'information — la disponibilité d'une information accessible et abondante, et l'accès en temps utile à l'information factuelle qui est susceptible d'être trompeuse, de manière à en permettre l'examen minutieux et la critique. En comparant la fin et les moyens et en se demandant s'il a été porté atteinte le moins possible aux droits en cause, le législateur qui est appelé à arbitrer les revendications de groupes concurrents est obligé de trouver le point d'équilibre sans certitude absolue quant à la réponse optimale. Notre Cour ne devrait pas mettre en doute la sagesse du législateur dans ses efforts pour faire la part des choses à même les éléments de preuve contradictoires mais par ailleurs crédibles, une fois qu'il a été établi, suivant la norme de preuve applicable en matière civile, que l'objectif du législateur est urgent et réel. À ce stade, la question est de savoir s'il existe, à la lumière de la preuve présentée, un fondement raisonnable permettant de conclure que l'imposition d'un embargo visant tous les sondages d'opinion durant la fin de semaine précédant le jour du scrutin et le jour du scrutin lui-même porte atteinte le moins possible à la liberté d'expression compte tenu de l'objectif urgent et réel poursuivi par le gouvernement. Le législateur n'est pas tenu de trouver le moyen le moins attentatoire ni encore le meilleur moyen. Il s'agirait d'une norme trop élevée pour nos élus. En l'espèce, bien qu'on puisse concevoir des solutions autres que la disposition contestée, il n'existe tout simplement pas de solution de rechange aussi efficace que le court embargo en vigueur actuellement pour réaliser l'objectif visé par la loi. Se fondant sur la législation qui existait ainsi que

mainly constitutes information as to the effect of relevant political information on potential voters. The scope of s. 322.1 prohibits polls of all kinds regardless of their scientific nature or quality because there is no clear cut line between reliable poll results and misleading poll results. Section 322.1 does not apply, however, to the discussion of previously released poll results. The legislation prohibits broadcasting, publication and dissemination and these expressions refer only to the initial release of poll results. Finally, both the motions judge and the Court of Appeal held that inaccurate polls at the end of an election campaign constitute a reasonable concern. Everyone is vulnerable to misinformation which cannot be verified. Our democracy, and its electoral process, finds its strength in the vote of each and every citizen. Each citizen, no matter how politically knowledgeable one may be, has his or her own reasons to vote for a particular candidate and the value of any of these reasons should not be undermined by misinformation. When Parliament identifies one matter of concern, it has no absolute duty to identify and regulate each and every factor. The government does not have to show that this concern is more serious or is causing more harm to the electoral process or to individual voters than any other potentially misleading information. There is no such standard under the *Charter*.

Third, the salutary effects of s. 322.1 concerning both the right to vote and freedom of expression outweigh its deleterious effects. The salutary effect of s. 322.1 is to promote the right of voters not to be misled in the exercise of their right to vote. Section 322.1, however, deprives some voters, who rely on polls to make their decision, of late campaign opinion poll results. This deleterious effect is quite limited when one considers the delay between conducting the poll and ultimately publishing its results. As to the effects of the measure on freedom of expression, s. 322.1 has a positive impact, promoting debate and truth in political discussion since it gives voters the opportunity to be informed about the existence of misleading factual information. Although s. 322.1 precludes the media from publishing polls on

sur les rapports et études disponibles, le Parlement a décidé qu'une période de 72 heures était nécessaire pour permettre un examen utile de l'ensemble des résultats de sondages dévoilés durant une campagne électorale. L'embargo de 72 heures est très court et ne touche qu'un seul mode d'expression qui n'est pas une source primaire d'information sur les faits politiques pertinents. Il constitue principalement une source d'information sur l'effet de renseignements politiques pertinents sur les électeurs. La portée de l'art. 322.1 interdit la publication de tous les types de sondages, indépendamment de leur nature ou qualité scientifiques parce qu'il n'existe pas de ligne de démarcation nette entre les résultats de sondages fiables et les résultats trompeurs. L'article 322.1 n'interdit cependant pas l'analyse des résultats de sondages déjà publiés. La disposition en cause interdit l'annonce, la publication et la diffusion des résultats de sondages et ces expressions ne visent que la communication initiale des résultats de sondages. Enfin, tant le juge des requêtes que la Cour d'appel ont décidé que la publication de sondages inexacts en fin de campagne électorale constituait une préoccupation raisonnable. Chacun est vulnérable à une mauvaise information qui ne peut être vérifiée. Notre démocratie — et son processus électoral — tire sa force du vote de chacun des citoyens. Chaque citoyen, quel que soit son degré de connaissance de la politique, a ses raisons bien à lui de voter pour un candidat donné, et la valeur de ces raisons ne doit pas être amoindrie par une mauvaise information. Lorsqu'il décèle un sujet de préoccupation, le Parlement n'a pas l'obligation absolue de relever et de régler chacun des facteurs en cause. Le gouvernement n'a pas à établir que cette préoccupation est plus sérieuse ou cause davantage préjudice au processus électoral ou aux électeurs que toute autre information susceptible d'induire en erreur. Il n'existe aucune norme de la sorte dans l'application de la *Charte*.

Troisièmement, les effets bénéfiques qu'a l'art. 322.1 à la fois sur le droit de vote et sur la liberté d'expression l'emportent sur ses effets préjudiciables. L'effet bénéfique de l'art. 322.1 est qu'il favorise le droit des électeurs de ne pas être induits en erreur lorsqu'ils exercent leur droit de vote. L'article 322.1 prive toutefois des électeurs qui se fondent sur les sondages pour prendre leur décision des résultats de certains sondages d'opinion effectués tard dans les campagnes électorales. Cet effet préjudiciable est très limité, si l'on tient compte du délai entre la réalisation du sondage et la publication de ses résultats. Pour ce qui est des effets de la mesure sur la liberté d'expression, l'art. 322.1 a un effet positif. Il favorise l'échange des idées et l'émergence de la vérité dans les discussions politiques puisqu'il permet aux

the last weekend of the election campaign and on polling day, this ban causes only minimal impairment to freedom of expression because of its very short duration and because of the lack of satisfactory alternatives available to tailor the measure to the legislative objective.

Cases Cited

By Bastarache J.

Distinguished: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; **referred to:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; Eur. Court H.R., *Mathieu-Mohin and Clerfayt* case, judgment of 2 March 1987, Series A No. 113; *Bowman v. United Kingdom* (1996), 22 E.H.R.R. C.D. 13; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *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; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957).

By Gonthier J. (dissenting)

Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada, [1973] 3 O.R. 819; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Canada (Attorney General) v. Somerville*, [1996] 8 W.W.R. 199; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *R.*

électeurs d'être informés de l'existence de renseignements factuels trompeurs. Bien que l'art. 322.1 empêche les médias de publier des résultats de sondages pendant le dernier week-end de la campagne électorale ainsi que le jour du scrutin, en raison de sa très courte durée et de l'absence de solutions de rechange satisfaisantes permettant d'adapter la mesure à l'objectif de la loi, cette interdiction porte atteinte de façon minimale à la liberté d'expression.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Distinction faite d'avec les arrêts: *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; **arrêts mentionnés:** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; Cour eur. D.H., affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113; *Bowman c. United Kingdom* (1996), 22 E.H.R.R. C.D. 13; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *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; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *Butler c. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957).

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada, [1973] 3 O.R. 819; *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Canada (Attorney General) c. Somerville*, [1996] 8 W.W.R. 199; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur*

v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

Statutes and Regulations Cited

Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, ss. 213(1) [rep. & sub. 1993, c. 19, s. 106], 255, 256, 322.1 [en. *idem*, s. 125].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 3, 33.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 126(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, First Protocol, Europ. T.S. No. 9, Art. 3.
Election Act, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 235.
Ontario Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rule 14.05(3)(g.1).

Authors Cited

Ansolabehere, Stephen, and Shanto Iyengar. "Of Horseshoes and Horse Races: Experimental Studies of the Impact of Poll Results on Electoral Behavior", *Political Communication*, vol. 11, No. 4, 1994, 413-430.
 Cameron, Jamie. "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
 Canada. Committee on Election Expenses. *Report of the Committee on Election Expenses*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
 Canada. Privy Council. *White Paper on Election Law Reform*. Ottawa, 1986.
 Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Reforming Electoral Democracy: Final Report*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1991.
 Canada. Senate. *Debates of the Senate*, April 29, 1993, p. 3117.
 Canada. Senate. Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings*, Issue No. 41, May 6, 1993, pp. 41:14-41:15, 41:17-41:18.
 Feasby, Colin C. J. "Public Opinion Poll Restrictions, Elections, and the *Charter*" (1997), 55(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 241.
 Herbst, Susan. *Numbered Voices: How Opinion Polling Has Shaped American Politics*. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

général), [1996] 2 R.C.S. 876; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 3, 33.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 126(1).
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Premier protocole, S.T. Europ. n° 9, art. 3.
Election Act, R.S.B.C. 1996, ch. 106, art. 235.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 213(1) [abr. & rempl. 1993, ch. 19, art. 106], 255, 256, 322.1 [ad. *idem*, art. 125].
Règles de procédure civile de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 14.05(3)(g.1).

Doctrine citée

Ansolabehere, Stephen, and Shanto Iyengar. «Of Horseshoes and Horse Races: Experimental Studies of the Impact of Poll Results on Electoral Behavior», *Political Communication*, vol. 11, No. 4, 1994, 413-430.
 Cameron, Jamie. «The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
 Canada. Comité des dépenses électorales. *Rapport du Comité des dépenses électorales*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.
 Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. *Pour une démocratie électorale renouvelée: Rapport final*, vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1991.
 Canada. Conseil privé. *Livre blanc sur la réforme de la loi électorale*. Ottawa, 1986.
 Canada. Sénat. Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Procédures*, fascicule n° 41, 6 mai 1993, aux pp. 41:14 et 41:15, 41:17 et 41:18.
 Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, 29 avril 1993, p. 3117.
 Feasby, Colin C. J. «Public Opinion Poll Restrictions, Elections, and the *Charter*» (1997), 55(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 241.
 Herbst, Susan. *Numbered Voices: How Opinion Polling Has Shaped American Politics*. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).

Hoy, Claire. *Margin of Error: Pollsters and the Manipulation of Canadian Politics*. Toronto: Key Porter Books, 1989.

Johnston, Richard, et al. *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 1992.

Lachapelle, Guy. *Polls and the Media in Canadian Elections: Taking the Pulse*. Ottawa: Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, 1991.

McAllister, Ian, and Donley T. Studlar. "Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987", *Journal of Politics*, vol. 53, No. 3, August 1991, 720-41.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 30 O.R. (3d) 350, 92 O.A.C. 290, 138 D.L.R. (4th) 1, 37 C.R.R. (2d) 225, [1996] O.J. No. 2829 (QL), dismissing the appellants' appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) (1995), 24 O.R. (3d) 109, [1995] O.J. No. 1375 (QL), dismissing an application for a declaration that s. 322.1 of the *Canada Elections Act* is unconstitutional. Appeal allowed, Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

W. Ian C. Binnie, Q.C., and Michael J. Bryant, for the appellants.

Roslyn J. Levine, Q.C., and Gail Sinclair, for the respondent.

Joseph J. Arvay, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Sydney L. Goldenberg and Stephen L. McCammon, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The reasons of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — I have had the benefit of the reasons for judgment of my colleague, Justice Bastarache. I refer to his summary of the

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).

Hoy, Claire. *Margin of Error: Pollsters and the Manipulation of Canadian Politics*. Toronto: Key Porter Books, 1989.

Johnston, Richard, et al. *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 1992.

Lachapelle, Guy. *Les sondages et les médias lors des élections au Canada: le pouls de l'opinion*. Ottawa: Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, 1991.

McAllister, Ian, and Donley T. Studlar. «Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987», *Journal of Politics*, vol. 53, No. 3, August 1991, 720-41.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 30 O.R. (3d) 350, 92 O.A.C. 290, 138 D.L.R. (4th) 1, 37 C.R.R. (2d) 225, [1996] O.J. No. 2829 (QL), qui a rejeté l'appel formé par les appelantes contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1995), 24 O.R. (3d) 109, [1995] O.J. No. 1375 (QL), qui avait rejeté une requête sollicitant une déclaration portant que l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* est inconstitutionnel. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

W. Ian C. Binnie, c.r., et Michael J. Bryant, pour les appelantes.

Roslyn J. Levine, c.r., et Gail Sinclair, pour l'intimé.

Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Sydney L. Goldenberg et Stephen L. McCammon, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de jugement de mon collègue le juge Bastarache. Je ren-

judgments below and statement of the issues. While I agree with his statutory interpretation of s. 322.1 of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, with his views as to the scope of s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and with his position that there is an infringement of freedom of expression, within the meaning of s. 2(b) of the *Charter*, I am not in agreement with his reasons and his disposition of the appeal with respect to the justification of the infringement. In my view, the said infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

I. Introduction and Historical Background

2 In recent political history, polls have had a substantial impact on the strategies of candidates and the policies of governments. They have become a permanent feature of Canadian politics. It is said that polls tend to reduce the level of political discourse to the lowest common denominator: principles are sacrificed for percentage points (C. C. J. Feasby, "Public Opinion Poll Restrictions, Elections, and the *Charter*" (1997), 55(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 241, at p. 244). They tend to preempt the discussion of issues and short-circuit the democratic process:

Conversation, as theorists from Tarde to Habermas have argued, is fundamental to the construction of a democratic public sphere, and polls do not seem to generate interpersonal communication. In a way, polls make many political discussions superfluous, since they give the illusion that the public has already spoken in a definitive manner. [Emphasis in original.]

(S. Herbst, *Numbered Voices: How Opinion Polling Has Shaped American Politics* (1993), at p. 166.)

To the extent that media coverage of election campaigns focuses more on polling results, it focuses less on the merits of the candidates and their positions and tends to distract voters' attention from substantive issues pertaining to the good government of the country. The reliance on polls has become so pervasive that some commentators

voie donc à son résumé des décisions dont appel et à sa formulation des questions en litige. Bien que je souscrive à son interprétation de l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, ainsi qu'à son opinion sur la portée de l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à sa conclusion qu'il y a atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*, je ne suis pas d'accord avec sa décision et ses motifs en ce qui concerne la justification de l'atteinte. À mon avis, l'atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

I. Introduction et contexte historique

Au cours de l'histoire politique récente, les sondages ont eu une incidence considérable sur les stratégies des candidats et sur les politiques gouvernementales. Ils sont devenus une caractéristique permanente de la vie politique canadienne. On affirme que les sondages tendent à réduire le discours politique au plus petit dénominateur commun: des principes sont sacrifiés en échange de quelques points de pourcentage (C. C. J. Feasby, «Public Opinion Poll Restrictions, Elections, and the *Charter*» (1997), 55(2) *U.T. Fac. L. Rev.* 241, à la p. 244). Les sondages tendent à remplacer le débat des enjeux et à court-circuiter le processus démocratique:

[TRADUCTION] La *conversation*, ont prétendu de nombreux théoriciens, de Tarde à Habermas, est essentielle à l'édification d'un espace public démocratique. Or, les sondages ne semblent pas susciter la communication entre les individus. En un sens, les sondages rendent de nombreuses discussions politiques superflues, puisqu'ils donnent l'impression que le public s'est déjà irrévocablement prononcé de façon définitive. [En italique dans l'original.]

(S. Herbst, *Numbered Voices: How Opinion Polling Has Shaped American Politics* (1993), à la p. 166.)

Dans la mesure où la couverture des campagnes électorales par les médias accorde plus d'attention aux résultats des sondages, elle s'attache moins aux mérites des candidats et à leurs positions respectives et elle a tendance à détourner l'attention des électeurs des questions de fond touchant le bon gouvernement du pays. Le recours aux sondages a

characterize election campaigns as “horse races” (S. Ansolabehere and S. Iyengar, “Of Horseshoes and Horse Races: Experimental Studies of the Impact of Poll Results on Electoral Behavior”, *Political Communication*, vol. 11, No. 4, 1994, 413-430). The following quotation strikingly illustrates the developing situation:

The 1980s is a decade in which media polling has become an epidemic; in which polling has become not just a political tool, an early-warning guidance system, but an occasional substitute for policy itself; in which democracy itself was undermined by the pervasive influence of polls and pollsters who, for all practical purposes, replaced elected representatives, including cabinet ministers, and traditional political strategists as the major determinants of political action. On the strength of their computer printouts, pollsters came to be viewed as sainted public oracles, supposedly capable not only of probing our innermost thoughts and feelings, but of predicting our future actions as well.

Polls have become a perplexing reality in the political process; still a legitimate, albeit imperfect, measure of public attitudes, they are afforded an unhealthy level of credence in the affairs of state by political players and the public alike.

(C. Hoy, *Margin of Error: Pollsters and the Manipulation of Canadian Politics* (1989), at pp. 39-40.)

The problem becomes more acute when some voters consciously use survey results to make decisions, despite the fact that some polls may be inaccurately conducted, misrepresented by the media or misunderstood by the public. The accuracy of opinion poll results may be deceptive and the credibility owed to them exaggerated. The closer the polling day, the less time there is to assess, scrutinize, and possibly correct polls. While the “horse race” turn that election campaigns take is unfortunate, voters have the right to choose the information that they want to rely on in deciding how to vote. If a voter wants to vote strategically, he may

pris des proportions à ce point endémiques que certains commentateurs qualifient les campagnes électorales de véritables «courses de chevaux» (S. Ansolabehere et S. Iyengar, «Of Horseshoes and Horse Races: Experimental Studies of the Impact of Poll Results on Electoral Behavior», *Political Communication*, vol. 11, n° 4, 1994, 413-430). Voici un extrait qui illustre de manière saisissante l'évolution de la situation:

[TRADUCTION] Au cours des années 1980, la pratique du sondage d'opinion par les médias a pris des allures d'épidémie. Le sondage est devenu non seulement un outil politique, un système de guidage avancé, mais aussi, à l'occasion, un véritable succédané de politiques. La démocratie elle-même a été sapée par l'influence omniprésente des sondages et des sondeurs d'opinion qui, à toutes fins utiles, ont remplacé les représentants du peuple, y compris les ministres et les stratèges politiques habituels, en tant que principaux déterminants de l'action politique. Sur la foi de leurs imprimés d'ordinateur, on en est venu à considérer les sondeurs d'opinion comme des devins, des oracles, censément capables non seulement de découvrir nos pensées et sentiments les plus profonds, mais également de prédire nos actions.

Les sondages sont devenus une réalité embarrassante du processus politique. Même s'ils constituent un instrument de mesure légitime, quoiqu'imparfait, des attitudes du public, les acteurs politiques, tout comme le public d'ailleurs, leur accordent, dans les affaires de l'État, un degré malsain de crédibilité.

(C. Hoy, *Margin of Error: Pollsters and the Manipulation of Canadian Politics* (1989), aux pp. 39 et 40.)

Le problème s'aggrave lorsque des électeurs se fondent sciemment sur les résultats des sondages pour prendre leurs décisions, malgré la possibilité que certains sondages aient été effectués de façon incorrecte, mal présentés par les médias ou encore mal compris par le public. Il est possible que l'exactitude des résultats des sondages d'opinion soit illusoire et que la crédibilité qu'on leur accorde soit exagérée. Plus le jour du scrutin approche, moins on a de temps pour évaluer, examiner attentivement et possiblement rectifier les résultats des sondages. Bien que l'allure de «courses de chevaux» que prennent les campagnes élec-

rely on poll results to make his decision. However, he will not be well served by an inaccurate or misleading poll. The expression he tries to convey through his vote could be unsubstantiated or misinformed.

3 It should be noted that overall results may not reveal the actual impact of opinion polls on individual voters. For instance, the choice of a voter who wants to support the leading candidate may be cancelled out by the vote of someone who wants to support the trailing candidate, while both were misled by the same poll. Our democracy, and its electoral process, finds its strength in the vote of each and every citizen. Our *Charter* provides that each citizen has the right to vote. One should not find solace in the thought that two mistakenly cast votes may perchance cancel each other out.

4 To quote the finding of Somers J., the motions judge below, “[t]he effect of polling has been a long-standing concern amongst those involved in the study of elections and with those who actively partake in the elections themselves” ((1995), 24 O.R. (3d) 109, at p. 121). In 1966, a government-appointed Committee on Election Expenses — the Barbeau Committee — in the course of its work on the limitation of election expenses, identified opinion polls as an area of concern. In its report, at p. 51, the Committee recommended that the publication of opinion surveys be completely banned throughout election campaigns as it considered “their uncontrolled use for public purposes improper”. The Government recognized that this was an issue of some concern in its *White Paper on Election Law Reform* in 1986. The White Paper pointed out that up to that time, more than 20 private members’ bills had been introduced in the House of Commons with the purpose of either prohibiting the publication of opinion surveys or controlling the methodology of such surveys published during campaigns. Although none of these

torales soit déplorable, les électeurs ont néanmoins le droit de se fonder sur l’information de leur choix lorsqu’ils décident pour qui voter. L’électeur qui désire voter de façon stratégique peut s’appuyer sur les résultats des sondages pour arrêter sa décision. Cependant, il ne sera pas bien servi par un sondage inexact ou trompeur. En effet, le message qu’il désire communiquer par son vote pourrait bien être non fondé ou mal éclairé.

Il convient de souligner qu’il est possible que les résultats globaux ne révèlent pas l’influence réelle des sondages d’opinion sur chaque électeur. Par exemple, il se peut que le vote d’un électeur désireux d’appuyer le candidat en avance soit annulé par le vote d’un autre électeur voulant donner son appui au candidat en difficulté, et que ces deux personnes aient été induites en erreur par le même sondage. La force de notre démocratie — et de son processus électoral — repose sur le vote de chaque citoyen. Aux termes de notre *Charte*, tout citoyen a le droit de vote. Personne ne devrait tirer réconfort de l’idée que deux votes accordés par erreur puissent par chance s’annuler l’un l’autre.

Voici la conclusion du juge Somers, qui a statué sur la requête en première instance: [TRADUCTION] «[l]’effet des sondages est une préoccupation de longue date des personnes qui étudient les élections et de celles qui y participent activement» ((1995), 24 O.R. (3d) 109, à la p. 121). En 1966, le Comité des dépenses électorales — le Comité Barbeau — qui avait été créé par le gouvernement de l’époque a dit, dans le cadre de ses travaux sur l’imposition d’un plafond en matière de dépenses électorales, que les sondages d’opinion étaient une source de préoccupation. Dans son rapport, à la p. 54, le Comité a recommandé l’interdiction complète de la publication de sondages d’opinion durant les campagnes électorales, car il estimait qu’«il ne conv[enait] pas d’y recourir d’une façon abusive à des fins de propagande publique». En 1986, dans son *Livre blanc sur la réforme de la loi électorale*, le gouvernement a reconnu que cette question soulevait effectivement certaines inquiétudes. On soulignait, dans le Livre blanc, que plus de 20 projets de loi émanant de députés avaient été déposés à la Chambre des communes et propo-

bills were passed, they were reflective of the public concern over this issue, since the sponsors of the bills represented different regions of the country, as well as the various political parties which have been represented in the House of Commons over the past 30 years. The Government argued that certain precautions should be taken to protect the public against abuses in this area. In so doing, it recommended that methodological information be included in the publication or broadcast of opinion surveys during an election campaign.

By an Order in Council dated November 15, 1989, a Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, chaired by Mr. Pierre Lortie (the "Lortie Commission"), was appointed to inquire into and report on the appropriate principles and process that should govern the election of members of the House of Commons and the financing of political parties and of candidates' campaigns. It held hearings across Canada and considered the issue of opinion surveys in some depth. During the hearings, at least 90 briefs were submitted regarding the influence of public opinion surveys. Seventy percent of these briefs favoured government regulation of such polls during elections.

The Commission retained Professor Guy Lachapelle, Associate Professor in the Department of Political Science at Concordia University, to research and study this issue. His research study, entitled *Polls and the Media in Canadian Elections: Taking the Pulse* ("Lachapelle Study"), was published in 1991. Somers J. found the Lachapelle Study, "because of its breadth and thoroughness to be the most credible evidence put before the court" (p. 116). Among other things, Lachapelle surveyed the briefs filed with the Commission concerning opinion polls. At para. 8 of his affidavit filed in the

saient soit d'interdire la publication de sondages soit de surveiller la méthodologie des sondages publiés en cours de campagne. Bien qu'aucun de ces projets de loi n'ait été adopté, ils reflétaient néanmoins les préoccupations du public à l'égard de cette question, puisque les parrains de ces propositions provenaient de différentes régions du pays et appartenaient à l'un ou l'autre des divers partis politiques qui ont été représentés à la Chambre des communes au cours des 30 dernières années. Le gouvernement a affirmé que certaines précautions devaient être prises pour protéger le public contre les abus dans ce domaine. À cette occasion, il a recommandé que la publication ou la diffusion de résultats de sondages d'opinion pendant les campagnes électorales soit accompagnée de renseignements sur la méthodologie utilisée.

Le 15 novembre 1989, un décret créait la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (la «Commission Lortie»). Présidée par M. Pierre Lortie, cette commission était chargée d'enquêter et de faire rapport sur les principes et les procédures qui devraient régir l'élection des députés à la Chambre des communes et le financement des partis politiques et des campagnes électorales. Elle a tenu des audiences dans les diverses régions du Canada et fait un examen approfondi de la question des sondages. Au moins 90 mémoires traitant de l'influence des sondages ont été déposés au cours de ces audiences. Soixante-dix pour cent de ces mémoires étaient en faveur de la réglementation par le gouvernement des sondages effectués pendant les campagnes électorales.

La Commission a confié à M. Guy Lachapelle, professeur agrégé du département de Science politique de l'Université Concordia, la tâche d'étudier cette question. Son rapport de recherche, intitulé *Les sondages et les médias lors des élections au Canada: le pouls de l'opinion* («Étude Lachapelle»), a été publié en 1991. Le juge Somers a estimé que l'Étude Lachapelle était, [TRADUCTION] «en raison de son envergure et de son exhaustivité, l'élément de preuve le plus crédible présenté à la cour» (p. 116). Entre autres choses, le professeur Lachapelle a étudié les mémoires concernant les

instant case (Case on Appeal, at pp. 92 *et seq.*), Professor Lachapelle stated:

The basic argument of most of these briefs was that polls have undue influence on elections, especially as a potential influence on voters. However, no definitive conclusion about the actual impact of public opinion surveys could be drawn from these briefs. [Emphasis added.]

Professor Lachapelle admitted that the actual impact of public opinion surveys was, and continues to be, a matter of controversy even among researchers. He went on to say:

Therefore, the academic literature is highly divided on the impact of public opinion surveys during and outside election periods. Further, this literature cannot demonstrate that polls do, in fact, have a major impact on the outcome of elections. Even the concept of strategic voting cannot be scientifically proven. However, we cannot reject or ignore the hypothesis that an impact does exist, and has consequences for voting behaviour. [Emphasis added.]

(Lachapelle's affidavit, at para. 21.)

The foregoing debate appears centered on the effect of polls on the outcome of elections. Of greater import in the case at bar is the effect of polls on individual voters. The Lortie Commission Final Report (*Reforming Electoral Democracy* (1991), vol. 1) found, at p. 455, that "the publication of opinion polls during election campaigns is controversial". However, it reached the conclusion that "[n]otwithstanding the frequent assertion of pollsters that their data have minimal influence on voters, recent research provides strong support for the proposition that published opinion polls can significantly influence campaigns and voters" (p. 457). It also found that "[r]ecent Canadian research supports the conclusion that published campaign opinion polls create the conditions for a 'politics of expectations' that includes both strategic voting and bandwagon effects" (p. 458). "In short, the argument that published polls do not

sondages qui ont été présentés à la Commission. Au paragraphe 8 de son affidavit déposé en l'espèce (dossier, aux pp. 92 et suiv.), le professeur Lachapelle dit ceci:

[TRADUCTION] L'argument fondamental avancé dans la plupart de ces mémoires est que les sondages exercent une influence indue sur les élections, particulièrement en tant que source potentielle d'influence sur les électeurs. Cependant, aucune conclusion définitive quant à l'incidence réelle des sondages d'opinion n'a pu être tirée de ces mémoires. [Je souligne.]

Le professeur Lachapelle admet que l'incidence réelle des sondages d'opinion fait toujours l'objet d'une controverse, même parmi les chercheurs. Il poursuit ainsi:

[TRADUCTION] En conséquence, les auteurs sont fortement divisés sur la question de l'incidence des sondages d'opinion pendant les périodes électorales et en dehors de celles-ci. En outre, leurs travaux ne permettent pas de démontrer que les sondages exercent, dans les faits, une grande incidence sur l'issue des élections. Même l'existence du concept du vote stratégique ne peut être prouvée scientifiquement. Cependant, nous ne pouvons pas rejeter ni passer sous silence l'hypothèse voulant qu'une telle incidence existe effectivement et qu'elle a des conséquences sur le comportement des électeurs. [Je souligne.]

(Affidavit de Lachapelle, au par. 21.)

Ce débat paraît donc s'attacher à l'effet des sondages sur l'issue des élections. Or, en l'espèce, c'est l'incidence des sondages sur le comportement de chaque électeur qui importe davantage. Dans son Rapport final (*Pour une démocratie électorale renouvelée* (1991), vol. 1), la Commission Lortie conclut, à la p. 473, que «la publication de sondages en cours de campagne est un sujet controversé». Toutefois, elle arrive à la conclusion que, «[b]ien que les maisons de sondage ne cessent de répéter que leurs données affectent peu le vote, des recherches récentes tendent à prouver le contraire» (p. 475). Elle conclut également que «[d]es recherches canadiennes récentes confirment que les sondages publiés en cours de campagne créent les conditions d'un "jeu des attentes", qui englobe tant le vote stratégique que l'effet d'entraînement» (p. 476). «Bref, il est impossible de soutenir que la publication des sondages n'influence pas le choix

influence voter choice or affect the conduct of campaigns is simply untenable” (p. 458). At para. 18 of his affidavit, Professor Lachapelle mentioned that research on the 1988 federal election shows that the behaviour of some voters is guided partly, but not solely, by the published and broadcast results of public opinion surveys.

In his study, Professor Lachapelle mentioned several potential effects of opinion polls on voters at election time:

the bandwagon effect (electors rally to support the candidate leading in the polls);

the underdog effect (electors rally to support the candidate trailing in the polls);

the demotivating effect (electors abstain from voting out of certainty that their candidate will win);

the motivating effect (electors vote because the polls alert them to the fact that an election is going on);

the strategic effect (electors decide how to vote on the basis of the relative popularity of the parties according to the polls); and

the free-will effect (electors vote to prove the polls wrong).

(Lachapelle Study, *supra*, at pp. 13-14.)

The bandwagon effect is the best documented result of exposure to poll news. Studies found that, while the bandwagon effect may occur in response to any poll, elections provide the most fertile ground for the growth of poll-driven opinion. It is said that the bandwagon effect was observed in British and American elections, and in Quebec during the 1988 federal election (I. McAllister and D. T. Studlar, “Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987”, *Journal of Politics*, vol. 53, No. 3, August 1991, 720-41, at p. 736; Ansolabehere and Iyengar, *supra*, at p. 427; R. Johnston et al., *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election* (1992), at p. 200).

des électeurs et électrices ou la conduite des campagnes» (p. 476). Au paragraphe 18 de son affidavit, le professeur Lachapelle mentionne qu’il ressort de l’étude de la campagne électorale fédérale de 1988 que le comportement de certains électeurs est inspiré en partie, mais pas exclusivement, par la publication et la diffusion des résultats de sondages d’opinion.

Dans son étude, le professeur Lachapelle énumère plusieurs effets potentiels des sondages d’opinion sur les électeurs le jour du scrutin:

le ralliement au vainqueur («bandwagon»);

le ralliement au candidat en difficulté («underdog»);

l’effet démobilisateur (on s’abstient par certitude de gagner); . . .

l’effet mobilisateur (les sondages incitent à aller voter — ils informent le citoyen qu’il y a une élection);

le vote stratégique (l’électeur décide pour qui voter en fonction de la popularité des partis); et

le libre arbitre (on vote pour faire mentir les sondages).

(Étude Lachapelle, *op. cit.*, aux pp. 15 et 16.)

Le ralliement au vainqueur est l’effet le mieux documenté de la mise en contact du public avec les résultats des sondages. Des études ont permis de constater que, quoique l’effet qui précède puisse se produire par suite de n’importe quel sondage, les élections constituent le terrain le plus fertile au développement d’une opinion déterminée par les sondages. On affirme que cet effet a été observé lors de campagnes électorales en Grande-Bretagne et aux États-Unis, ainsi qu’au Québec durant la campagne électorale fédérale de 1988 (I. McAllister et D. T. Studlar, «Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987», *Journal of Politics*, vol. 53, n° 3, août 1991, 720 à 741, à la p. 736; Ansolabehere et Iyengar, *loc. cit.*, à la p. 427; R. Johnston et autres, *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election* (1992), à la p. 200).

8 In the course of his work, Lachapelle studied the brief of the Quebec Federation of Professional Journalists to the Lortie Commission. In its brief, the Federation conceded that a 48-hour blackout prohibiting all publication or broadcast of opinion polls before the vote would be an acceptable compromise and would respect every individual's right to have time to reply (Lachapelle Study, *supra*, at p. 27).

9 At the end of his study, Lachapelle concluded that "there are significant shortcomings in the media treatment of polls" (Lachapelle Study, at p. 154). He listed several factors which could seriously impact on the accuracy and reliability of opinion poll results:

1. *The Order and Wording of Questions Asked*: For instance, according to Claire Hoy's statement in 1989 (Hoy, *supra*), Angus Reid differs from the other polling organizations in that it asks which of the three leaders is the most popular before asking which of the parties the respondent supports. In addition, Reid asks the question on voting intentions at the end of the questionnaire, whereas Environics, for example, asks it at the beginning (Lachapelle Study, at pp. 90 and 95);
2. *The Different Methods of Distribution of the Undecided Voters*: In the 1988 federal election, no polling organization made a distinction between respondents who intended to refrain from voting, intended to spoil their ballot, did not know how they were going to vote, or refused to answer, although the first two instances are hardly cases of indecision; they express a clear opinion. The treatment of undecided respondents varies considerably and may actually misrepresent reality (Lachapelle Study, at pp. 95-96);
3. *Data-Collection Methods*: During the 1988 federal election campaign, the polling organization Gallup Inc. conducted its surveys both by tele-

Dans le cours de ses travaux, le professeur Lachapelle a étudié le mémoire présenté par la Fédération professionnelle des journalistes du Québec à la Commission Lortie. Dans son mémoire, la Fédération reconnaît qu'une période de restriction totale de 48 heures interdisant toute publication ou diffusion de sondages d'opinion avant la tenue du scrutin peut constituer un compromis acceptable qui respecte le droit de réplique de tout citoyen (Étude Lachapelle, *op. cit.*, à la p. 29).

À la fin de son étude, le professeur Lachapelle conclut que «des déficiences importantes [ont été] relevées dans le traitement médiatique des sondages» (Étude Lachapelle, à la p. 178). Il énumère plusieurs facteurs susceptibles d'influer sérieusement sur l'exactitude et la fiabilité des résultats de sondages d'opinion:

1. *L'ordre et le libellé des questions*: Par exemple, suivant les propos formulés par Claire Hoy en 1989 (Hoy, *op. cit.*), la maison Angus Reid diffère des autres organisations de sondage en ce qu'elle demande d'abord lequel des trois chefs est le plus populaire avant de demander lequel des partis le répondant appuie. De plus, chez Angus Reid on pose la question sur les intentions de vote à la fin du questionnaire, alors que chez Environics, par exemple, cette question est posée au début (Étude Lachapelle, à la p. 105);
2. *Les différentes méthodes de répartition des indécis*: Durant la campagne électorale fédérale de 1988, aucune organisation de sondage n'a fait de distinction entre les répondants qui disaient avoir l'intention de s'abstenir, avoir l'intention de voter ou d'annuler leur vote, ne pas savoir pour qui ils allaient voter, ou encore qui refusaient de répondre. Dans les deux premiers cas, on peut difficilement parler d'indécis, puisque ces répondants exprimaient une opinion claire. Le traitement des indécis varie considérablement et peut, dans les faits, fausser la réalité (Étude Lachapelle, aux pp. 110 et 111);
3. *Les méthodes de cueillette*: Durant la campagne électorale fédérale de 1988, la maison de sondage Gallup Inc. a mené des enquêtes télépho-

phone and in face-to-face interviews, separately or together. This poses numerous problems, especially when the results are presented together without comparing telephone results with those obtained through personal interviews (Lachapelle Study, at p. 97). It is difficult for the elector to grasp all the methodological nuances of sampling (Lachapelle Study, at p. 117). The reader requires a certain attentiveness to recognize that Gallup's methodology varied from one poll to the next, although the press reports contain the information (Lachapelle Study, at p. 116);

4. *Margin of Error*: The margin of error for a particular question may be higher than the average margin because not all the interviewees respond to all the questions. This is not expressly mentioned in the polls (Lachapelle Study, at p. 104);
5. *Timeframe for the Interviews*: For a cross-Canada survey, some organizations take up to seven days to interview their respondents, which may reduce the accuracy and reliability of the "snapshot" (Lachapelle Study, at pp. 113-15 and 116);

The last poll of the 1988 campaign, broadcast two days before election day, did not mention the dates of the interviews. As the study put it: "How could even moderately perspicacious citizens be expected to react and exercise their right of rejoinder? Given the amount of time left, this right was rendered ineffective." (Lachapelle Study, at p. 116.)

Predicting regional voting intentions from a cross-Canada survey is also subject to considerable risk, though it became widespread in recent elections. The validity of certain local polls can also be questioned when the interview periods extend over

niques et des entrevues en personne, tantôt séparément tantôt simultanément. Cette façon de faire pose de nombreuses difficultés, surtout lorsque les résultats sont présentés de manière globale dans le rapport, sans comparer les résultats téléphoniques avec ceux des entrevues menées en personne (Étude Lachapelle, aux pp. 111 et 112). Il est difficile pour les électeurs de saisir les nuances qui existent entre les méthodes d'échantillonnage (Étude Lachapelle, à la p. 133). Bien que l'information de presse contienne ces renseignements, il faut tout de même une certaine dose d'attention de la part du lecteur pour bien saisir que la méthodologie de Gallup a varié d'un sondage à l'autre (Étude Lachapelle, à la p. 133);

4. *La marge d'erreur*: La marge d'erreur à l'égard d'une question donnée peut être supérieure à la marge moyenne, étant donné que toutes les personnes interrogées ne répondent pas forcément à toutes les questions. Ce fait n'est pas expressément mentionné dans les sondages (Étude Lachapelle, aux pp. 119 et 120);
5. *La période des entrevues*: Pour ce qui est des sondages pancanadiens, certaines organisations prennent jusqu'à sept jours pour effectuer les entrevues, situation qui est susceptible de réduire l'exactitude et la fiabilité de l'«image éclair» (Étude Lachapelle, aux pp. 129 à 133);

Dans le cas du dernier sondage de la campagne de 1988, diffusé deux jours avant le jour du scrutin, aucune mention n'était faite des dates des entrevues. Comme on le dit dans l'étude: «[C]omment des citoyens auraient-ils pu réagir et exercer leur droit de réplique dans de telles conditions? Ce droit, compte tenu du temps limité mis à leur disposition, devient dès lors tout à fait caduc.» (Étude Lachapelle, aux pp. 129 et 133.)

La prédiction, à partir d'un sondage pancanadien, des intentions de vote à l'échelle régionale comporte également des risques considérables, bien que cela soit devenu une pratique répandue au cours des récentes élections. On peut également s'interroger sur la validité de certains sondages locaux, dans le cadre desquels les entrevues se sont

several weeks if not months (Lachapelle Study, at p. 145).

11 In spite of their serious impact on the reliability of polls, these factors, just to name a few, are often overlooked by the public when considering poll results but are carefully taken into account by analysts.

12 On the basis of his analysis of the domestic and international context, Professor Lachapelle made the following recommendations to the Lortie Commission:

- (a) that the media be legally required to publish specific technical information regarding public opinion surveys;
- (b) that there be a blackout on publication of public opinion surveys by all print and electronic media during the final three days of an election campaign, in order to permit candidates adequate time to respond to controversial or misleading public opinion surveys before election day; and
- (c) that a polling commission be established to ensure publication of complete methodological information, confidentiality of data, and public access to high quality information.

(Lachapelle's affidavit, at para. 11.)

13 In its own Final Report, at p. 457, the Lortie Commission made this striking statement:

Although the industry in general has become highly professional since public polling was introduced in Canada in 1941, the incidence of technically deficient and poorly reported polls is still substantial. In recent elections, there have been instances of misleading polls, some because of technical errors and others because of partisan misrepresentation. There have even been allegations of fraudulent polls, where the data were said to have been fabricated to counter a poll showing the opposition in the lead. Such "bogus" polls and the more common misrepresented poll have been released to the media in many democracies. (Cantril 1991, 67; Worcester 1991, 199; Hoy 1989, 189-202) It is the willingness

échelonnées sur plusieurs semaines, voire plusieurs mois (Étude Lachapelle, à la p. 167).

Malgré l'incidence importante qu'ils ont sur la fiabilité des sondages, ces facteurs, pour ne nommer que ceux-là, sont souvent négligés par le public dans l'examen des résultats des sondages, mais en revanche ils sont soigneusement pris en compte par les analystes.

À la lumière de son analyse des contextes canadien et international, le professeur Lachapelle a recommandé à la Commission Lortie:

[TRADUCTION]

- a) que les médias soient tenus par la loi de publier des renseignements techniques particuliers concernant les sondages d'opinion;
- b) qu'il soit interdit à tous les médias, tant écrits qu'électroniques, de publier des sondages d'opinion pendant les trois derniers jours des campagnes électorales, afin d'accorder aux candidats suffisamment de temps pour répliquer aux sondages d'opinion controversés ou trompeurs avant le jour du scrutin;
- c) que soit établie une commission des sondages chargée de veiller à ce que des renseignements méthodologiques complets soient publiés, à ce que la confidentialité des données recueillies soit respectée et à ce que le public ait accès à une information de grande qualité.

(Affidavit du professeur Lachapelle, au par. 11.)

Dans son Rapport final, à la p. 475, la Commission Lortie fait cette étonnante affirmation:

Bien que l'industrie du sondage en général ait atteint un haut niveau de professionnalisme depuis l'apparition des sondages d'opinion au Canada en 1941, le nombre d'enquêtes techniquement déficientes et mal présentées demeure important. Certains sondages publiés à l'occasion d'élections récentes étaient entachés d'erreurs techniques, et d'autres étaient présentés de façon partielle. On a même signalé des sondages carrément frauduleux, dont les données auraient été fabriquées de toutes pièces pour contrer un sondage plaçant l'adversaire en tête. Les médias de maints pays démocratiques ont publié de tels sondages «bidon» et, de façon plus courante, des sondages présentés de manière trompeuse (Cantril 1991, 67;

of the media to report such polls that makes them significant and troublesome. [Emphasis added.]

Regarding opinion poll regulation, the Lortie Commission recommended that there be, at the end of the election campaign, a 48-hour blackout period on publication of public opinion poll results. It also suggested technical information be provided as recommended by Lachapelle, but not the establishment of a polling commission.

An all-party Special Committee of the House of Commons on Electoral Reform considered the Lortie Commission's Final Report. In its third report to the House of Commons, the Special Committee recommended a 72-hour prohibition period on publication of opinion survey results prior to the closing of the polls, but made no recommendation as to methodology information. The Special Committee's recommendation of a 72-hour publication ban was incorporated into Bill C-114, *An Act to amend the Canada Elections Act*. Bill C-114 was adopted, without division, in the House of Commons on May 6, 1993: S.C. 1993, c. 19.

The Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs examined the legislation. Professor Peter Aucoin, Director of Research for the Lortie Commission, was a witness before the Senate Committee. He stressed the importance of polls during elections and submitted two arguments to support the proposed 72-hour ban:

While I support this particular proposal [the 72-hour blackout period], people must understand its purpose. The purpose is not, as has been said even in the Senate, to give voters a rest or breather from a flood of public opinion polls published just prior to election day. In fact, voters find that polls are useful information to them. They have a right to those polls. In terms of the

Worcester 1991, 199; Hoy 1989, 189-202). En fait, ces «sondages» posent un problème dans la mesure où les médias sont prêts à les diffuser. [Je souligne.]

En ce qui concerne la réglementation des sondages d'opinion, la Commission Lortie recommande l'instauration, à la fin de la campagne électorale, d'un embargo de 48 heures sur la publication des résultats de sondages d'opinion. Elle suggère également que soient communiqués des renseignements techniques, comme l'avait recommandé le professeur Lachapelle. Elle ne propose toutefois pas la création d'une commission des sondages.

Un Comité spécial multipartite de la Chambre des communes sur la réforme électorale a examiné le Rapport final de la Commission Lortie. Dans son troisième rapport à la Chambre des communes, le Comité spécial a recommandé qu'il soit interdit de publier les résultats de sondages d'opinion pendant une période de 72 heures avant la fermeture des bureaux du scrutin, mais n'a fait aucune recommandation sur l'information concernant la méthodologie utilisée. La recommandation du Comité spécial d'interdire la publication des résultats de sondages pendant une période de 72 heures a été incorporée au Projet de loi C-114 intitulé, *Loi modifiant la Loi électorale du Canada*. Le Projet de loi C-114 a été adopté sans opposition par la Chambre des communes le 6 mai 1993: L.C. 1993, ch. 19.

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles a examiné la loi. Le professeur Peter Aucoin, directeur de la recherche pour la Commission Lortie, a témoigné devant ce comité. Il a souligné l'importance des sondages pendant les campagnes électorales et présenté deux arguments en faveur de l'interdiction de 72 heures proposée:

[TRADUCTION] Je suis certes en faveur de cette proposition [l'embargo de 72 heures], mais il faut que les gens comprennent bien l'objectif. Il ne s'agit pas, malgré ce qui a été dit même au Sénat, de laisser un répit aux électeurs et de leur épargner une masse d'informations tirée des sondages d'opinion publique juste avant le jour de l'élection. En réalité, les électeurs ont l'occasion de constater que les sondages leur fournissent des renseignements utiles. Ils y ont droit. Dans les campagnes

14

15

electoral contest as we know it, the more polls the better.

The issue here is twofold. Public opinion polls purport to be scientific and are reported as such by the press. There is a question of the accuracy of public opinion polls in reading public opinion. There is clearly some need for regulation, given that particular assumption.

[P]arties and candidates need access to the polls and this requires some time. In particular, it means they have to be able to respond to the poll. They cannot do that if the poll is published either on election day or the day before an election. Therefore, the ban of 72 hours is to ensure that polls cannot be published after a point in time where candidates and parties cannot respond. It has nothing to do with giving voters a breather. [Emphasis added.]

(Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *Proceedings*, Issue No. 41, May 6, 1993, at pp. 41:14-41:15.)

Professor Aucoin also added the following as he responded to a comment from Senator Jean-Claude Rivest:

Senator Rivest: [TRANSLATION] . . . I do not see how you can say that a poll is an important event but it must absolutely be checked in order to ensure that there are no bogus polls, no "hamburger polls", as you explained. In this regard, in the last 72 hours there is a host of other election information and other statements that are not banned during this period and that cannot be verified before voting day.

Mr. Aucoin: [Text] I think the issue here is that the polls themselves in our culture and in our practice have a claim to scientific validity, notwithstanding the fact that they do have their limitations. In that context, to the degree that one makes a difference between published polls and just any other comments made by those participating in the election campaign, candidates and parties are at a disadvantage if there is an authenticity associated with the very concept of poll. Therefore, it has that character where one must be able to verify whether the poll exists and whether it is a credible poll. It is for those practical reasons that you would limit them.

électorales telles que nous les connaissons, plus il y a de sondages, mieux c'est.

La question est double. Les sondages d'opinion publique se veulent scientifiques et la presse les présente comme tels. Il y a le problème de la fidélité de la représentation que donnent les sondages de l'opinion publique. Il est clair qu'une certaine forme de réglementation est nécessaire dans cette situation.

Il est donc nécessaire [. . .] que les partis et les candidats puissent avoir accès aux sondages, et pour cela il faut du temps. Cela signifie, en particulier, qu'ils doivent avoir la possibilité de réagir face au sondage. Ils ne peuvent pas le faire si le sondage est rendu public le jour ou la veille de l'élection. L'interdiction qui couvre une période de 72 heures vise donc à s'assurer que l'on ne publiera pas des sondages à compter du moment où les candidats et les partis ne sont plus en mesure d'y répondre. Cela n'a rien à voir avec la volonté d'accorder un répit aux électeurs. [Je souligne.]

(Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Procédures*, fascicule n° 41, 6 mai 1993, aux pp. 41:14 et 41:15.)

En outre, le professeur Aucoin a ajouté ce qui suit, en réponse à une remarque du sénateur Jean-Claude Rivest:

Le sénateur Rivest: [Texte] . . . Je ne vois pas en quoi on peut dire qu'un sondage est un fait important mais doit être vérifié absolument pour qu'il n'y ait pas des sondages bidons ou des sondages «hamburger», comme vous l'avez expliqué. À ce compte-là, dans les derniers 72 heures, il y a une foule d'autres faits électoraux, d'autres déclarations qui ne sont pas interdites dans cette période et qui ne peuvent être vérifiés parce que le jour du scrutin arrive.

M. Aucoin: [TRADUCTION] Le problème ici, à mon avis, c'est que les sondages prétendent à l'exactitude scientifique dans notre culture et compte tenu de notre pratique, en dépit du fait qu'ils ont leurs limites. De ce point de vue, et dans la mesure où l'on fait la différence entre les sondages publiés et les simples commentaires faits par les participants à la campagne électorale, les candidats et les partis sont placés dans une position d'infériorité si le concept même de sondage a un air d'authenticité. La nature du phénomène fait donc que l'on doit pouvoir vérifier dans quelle mesure le sondage a bien existé et s'il est crédible. C'est pour ces raisons que je suis d'accord pour les limiter.

If all polls were only done by certain kinds of organizations using certain kinds of standards, there would not be that problem. [Emphasis added.]

(Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *supra*, at pp. 41:17-41:18.)

The following incident serves to illustrate the usefulness of a ban on the publication of opinion poll results in the last 72 hours of an election campaign. In the midst of the 1993 federal election, the *Globe and Mail* made an error in its publication of the results of an Angus Reid poll (*Globe and Mail*, October 8, 1993). The *Globe and Mail* does not have a Sunday edition. If the erroneous article had been published on the last day of the campaign or on the Saturday prior to voting day, it would have been practically impossible for the pollster to convey the correct information, and for the newspaper to correct its report, before polling day. There would not have been an adequate opportunity to criticize and correct the inaccurate information before election day. The error was certainly not intentional, still it could have had far-reaching consequences, had it occurred in the last hours of an election campaign (Lachapelle's affidavit, at paras. 30-34).

The appellants themselves acknowledge that opinion polls on election issues influence voters' decisions: "[i]f voters paid no attention to polls there would be no point in suppressing them" (Appellants' Factum, at para. 35). The very fact that voters pay attention to opinion surveys and rely on them as objective, non-partisan information makes it important that the information they convey not be misleading or inaccurate. The impugned provision responds to this need by requiring that election polls be published in sufficient time to allow for timely scrutiny and criticism.

I agree with my colleague that there are various activities subject to restriction during a federal

Si tous les sondages n'étaient effectués que par certains organismes ayant recours à certaines normes, le problème ne se poserait pas. [Je souligne.]

(Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *op. cit.*, aux pp. 41:17 et 41:18.)

L'incident suivant permet d'illustrer l'utilité d'interdire la publication des résultats de sondages d'opinion pendant les 72 dernières heures d'une campagne électorale. À l'occasion de la campagne électorale fédérale de 1993, le *Globe and Mail* a fait une erreur lorsqu'il a publié les résultats d'un sondage effectué par la maison Angus Reid (*Globe and Mail*, 8 octobre 1993). Le *Globe and Mail* ne paraît pas le dimanche. Si l'article erroné était paru la dernière journée de la campagne ou encore le samedi précédant le jour du scrutin, il aurait été concrètement impossible pour la maison de sondage de corriger l'information et pour le journal de rectifier son article avant le jour du scrutin. Il n'aurait pas été vraiment possible de critiquer et corriger l'information erronée avant le jour du scrutin. L'erreur n'était certes pas intentionnelle, mais elle aurait tout de même pu être lourde de conséquences si elle était survenue dans les dernières heures de la campagne (Affidavit du professeur Lachapelle, aux par. 30 à 34).

Les appelantes elles-mêmes ont reconnu que les sondages sur des enjeux électoraux influencent les décisions des électeurs: [TRADUCTION] «[s]i les électeurs ne prêtaient pas attention aux sondages, il ne servirait à rien de les supprimer» (mémoire des appelantes, au par. 35). Le fait même que les électeurs prêtent attention aux sondages d'opinion et s'y réfèrent en tant que source d'information objective et non partisane fait en sorte qu'il est important que l'information qu'ils communiquent ne soit pas erronée ou trompeuse. La disposition contestée tient compte de ce besoin, en exigeant que les sondages électoraux soient publiés de manière à accorder un délai suffisant pour permettre que l'on en fasse, en temps utile, l'examen et la critique.

Je suis d'accord avec mon collègue que diverses activités font l'objet de restrictions pendant les

16

17

18

election, that it is inappropriate to pronounce generally as to the scope or constitutional validity of these provisions, and that each type of restriction must be considered in its own context since each restriction is adopted to address a particular set of circumstances. However, these restrictions, including s. 322.1, stem from the same concerns. They are strong evidence that elections constitute, in our society, a unique event which calls for special treatment in order to promote voter autonomy and rational choice. Modern Canadian electoral law has sought to curb the excesses, enhance the democratic process and enable the voter to make a rational choice. Implicit to its regulations are the notions of integrity and fairness. As was aptly stated by the Ontario Court of Appeal in *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819, at p. 826:

Central to the whole democratic process is the election of legislative bodies by the vote of electors who by their ballots have expressed their choice, through a process, evolved over the years, designed to remove or at least reduce the possibility of the electors' choice being unduly influenced by pressures put upon them.

Because of their claim to scientific validity, unscrutinized polls may have an influence that they do not actually deserve and may distort the electoral process.

II. Analysis

A. *The Right to Vote (Section 3 of the Charter)*

19

I agree with my colleague that a restriction on information would constitute an infringement of the right to vote under s. 3 of the *Charter* only if it undermines the guarantee of effective representation (*Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 183, McLachlin J.). In the instant case, I believe that the short blackout period has no such effect. On the contrary, such a period assists effective representation. A strategic voter cannot cast a significant vote if the information required to exercise that vote can-

campagnes électorales fédérales, qu'il ne convient pas de se prononcer globalement sur la portée ou la validité constitutionnelle de ces dispositions et que chaque restriction doit être examinée suivant le contexte qui lui est propre, car chacune vise une situation particulière. Cependant, ces restrictions, y compris celle prévue à l'art. 322.1, découlent des mêmes préoccupations. Elles constituent de solides indications que, dans notre société, les élections sont des événements exceptionnels qui commandent la prise de mesures spéciales, propres à favoriser l'autonomie des électeurs et la prise de décisions rationnelles. Le droit électoral en vigueur au Canada vise à réfréner les abus, à renforcer le processus démocratique et à permettre aux électeurs de faire des choix rationnels. Le régime qu'il instaure s'inspire de notions d'intégrité et d'équité. Comme l'a dit avec justesse la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819, à la p. 826:

[TRADUCTION] L'élection de corps législatifs par des électeurs, qui ont exprimé leur choix par leur bulletin de vote, est au cœur de tout le processus démocratique. Ce processus, qui a été établi au fil des ans, vise à éliminer ou, à tout le moins, à réduire la possibilité qu'on influence indûment le choix des électeurs en faisant pression sur eux.

Comme les sondages prétendent à la validité scientifique, il est possible que des sondages soustraits à la critique aient une influence dont ils ne sont pas dignes dans les faits et qu'ils faussent le processus électoral.

II. L'analyse

A. *Le droit de vote (art. 3 de la Charte)*

Je suis d'accord avec mon collègue que, pour qu'il y ait violation du droit de vote prévu à l'art. 3 de la *Charte*, la limitation de l'information doit compromettre la garantie d'une représentation effective (*Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, à la p. 183, le juge McLachlin). En l'espèce, j'estime que la courte période d'interdiction en litige n'a pas cet effet. Au contraire, une telle interdiction favorise la représentation effective. L'exercice du vote stratégique n'est pas possible si l'information

not be discussed and scrutinized in order to assess its real value. It follows that poll results which cannot be assessed in a timely manner may actually deprive voters of the effective exercise of their franchise. Therefore, there is no infringement of the right to vote under s. 3 of the *Charter*.

B. Freedom of Expression (Section 2(b) of the Charter)

It is not in dispute, and I agree with my colleague, that s. 322.1 infringes freedom of expression within the meaning of s. 2(b) of the *Charter* (*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697). The issue then is whether this infringement constitutes, under s. 1 of the *Charter*, a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society. I am in agreement with my colleague that this section serves a pressing and substantial objective, but must respectfully disagree with his conclusion that the section fails to minimally impair freedom of expression or is disproportionate in its effect. His conclusion rests on reasoning belied by the evidence and denies Parliament a choice of reasonable alternatives, holding it to a standard of perfection of uncertain reach. In the result, his reasons lead to the lifting of all restrictions as to the timing of the publication of opinion polls.

Justification Under Section 1 of the Charter

1. Preliminary Note: Evidence and Standard of Proof

In the course of the s. 1 analysis, the standard of proof to be used is proof on a balance of probabilities (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 137). As was stated in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 39, scientific evidence is not required to meet the standard. Also McLachlin J., in writing for the majority in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*,

requis à cette fin ne peut être discutée et examinée minutieusement pour en évaluer la valeur réelle. Il s'ensuit que des résultats de sondages qui ne peuvent être évalués en temps utile peuvent, dans les faits, empêcher les électeurs d'exercer effectivement leur droit de vote. Par conséquent, il n'y a pas violation du droit de vote prévu à l'art. 3 de la *Charte*.

B. La liberté d'expression (al. 2b) de la Charte)

Il n'est pas contesté — et je souscris à l'opinion de mon collègue sur ce point — que l'art. 322.1 porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697). La question en litige consiste donc à déterminer si cette atteinte constitue, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je conviens avec mon collègue que cette disposition sert un objectif urgent et réel, mais je dois respectueusement exprimer mon désaccord avec sa conclusion que la disposition porte une atteinte plus que minimale à la liberté d'expression ou a un effet disproportionné. Sa conclusion repose sur un raisonnement qui ne trouve pas appui dans la preuve en plus de nier au législateur le choix de solutions de rechange raisonnables, assujettissant ce dernier à une norme de perfection dont l'atteinte est incertaine. En bout de ligne, ses motifs ont pour effet de lever toute restriction quant au moment de publication de sondages.

La justification conformément à l'article premier de la Charte

1. Remarques préliminaires: Preuve et norme de preuve

La norme de preuve applicable dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier est la prépondérance des probabilités (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 137). Comme il a été dit dans l'arrêt *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, au par. 39, il n'est pas nécessaire de faire une preuve scientifique pour satisfaire à cette norme. En outre, Madame le juge

[1995] 3 S.C.R. 199, at para. 137, expressed the unanimous view of the Court:

Discharge of the civil standard does not require scientific demonstration; the balance of probabilities may be established by the application of common sense to what is known, even though what is known may be deficient from a scientific point of view. . . . [Emphasis added.]

To paraphrase the Court's findings in *Libman, supra*, at para. 39, election campaigns, just as referendum campaigns, fall within the realm of social science, which does not lend itself to precise evidence.

2. Legislative Objective

22

In the material before the Court, reference is made to three suggested legislative objectives: first, to reduce the "undue influence" of all polls in general; second, to provide for a rest period so as to allow electors time to reflect before polling day; and third, to prevent the potentially distorting effect of public opinion survey results that are released late in an election campaign leaving insufficient time to assess their validity. This latter objective is the only one that the respondent advanced before this Court. Although my analysis will focus on this particular objective, the first two objectives may not be without merit. However, they need not be considered here. As I mentioned earlier, opinion polls have reshaped Canadian elections. It is now a fact that election campaigns take on an aura of "horse races", and that discussion of issues that concern Canadians tends to be preempted. Voters are of course completely free to choose the information upon which they want to make their decision. For instance, strategic voters, who may want to vote for their second-choice candidate in order to avoid the election of a leading candidate, rely on polls. Thus, while suppressing

McLachlin, écrivant pour la majorité dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, au par. 137, a exprimé le point de vue unanime de la Cour sur ce point:

Pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile, on n'a pas à faire une démonstration scientifique; la prépondérance des probabilités s'établit par l'application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique . . . [Je souligne.]

Pour paraphraser les conclusions de notre Cour dans l'arrêt *Libman*, précité, au par. 39, les campagnes électorales, tout comme les campagnes référendaires, participent du domaine des sciences sociales et ce domaine ne se prête pas à une preuve exacte.

2. L'objectif législatif

La preuve dont dispose notre Cour fait état de trois objectifs législatifs: premièrement, réduire l'«influence indue» de tous les sondages en général; deuxièmement, accorder une période de répit aux électeurs avant le jour du scrutin; troisièmement, prévenir l'effet déformant possible suite à la publication de résultats de sondages au terme d'une campagne électorale, alors qu'il ne reste plus assez de temps pour évaluer leur validité. Ce dernier objectif est le seul invoqué par l'intimé devant notre Cour. Le fait que mon analyse porte principalement sur cet objectif ne veut pas dire que les deux autres sont dénués de fondement. Cependant, il n'est pas nécessaire de les examiner en l'espèce. Comme je l'ai mentionné plus tôt, les sondages d'opinion ont transformé les campagnes électorales au Canada. Le fait est que les campagnes électorales ont maintenant des allures de «courses de chevaux» et que la discussion des questions qui préoccupent les Canadiens tend à être écartée. Il va de soi que les électeurs sont entièrement libres de choisir l'information sur laquelle ils désirent fonder leur décision. Par exemple, les électeurs qui peuvent, par stratégie, désirer voter pour le candidat qui constitue leur deuxième choix, afin d'éviter l'élection du candidat en avance, se fient aux sondages. Par conséquent, alors qu'on ne saurait supprimer les sondages pour la seule raison qu'ils peuvent être

polls simply because they may be used by voters is not permissible, regulating polls may be.

(a) Criteria

The Court must first assess the objective of the infringing legislative measure, as distinguished from the means chosen to implement it. The question is whether the concern which prompted the enactment of the impugned legislation is pressing and substantial and whether the purpose of the legislation is one of sufficient importance (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 987, Dickson C.J. and Lamer J. (as he then was) and Wilson J.). The distinction between “objective” and “means” is important since at this stage, the Court must ensure that the said objective is consistent with the principles integral to a free and democratic society, pressing and substantial, and directed to the realisation of collective goals of fundamental importance (*Oakes, supra*, at p. 138).

In *Oakes, supra*, at p. 136, Dickson C.J. stated that in determining whether *Charter* rights and freedoms should be limited,

[t]he Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [Emphasis added.]

As La Forest J. put it in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 77, ultimately, any attempt to determine whether the impugned limit is a justifiable infringement of the freedom of expression must involve a weighing of the essential principles of a

utilisés par les électeurs, il est possible que leur réglementation soit admise.

a) Les critères

La Cour doit d'abord évaluer l'objectif de la mesure législative attentatoire, par opposition aux moyens choisis pour l'appliquer. La question est de savoir si la préoccupation qui a incité à l'adoption de la loi contestée est urgente et réelle, et si l'objet de la loi est suffisamment important (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 987, le juge en chef Dickson et les juges Lamer (maintenant Juge en chef) et Wilson). La distinction entre l'«objectif» et les «moyens» est importante étant donné que, à cette étape, la Cour doit s'assurer qu'il s'agit d'un objectif urgent et réel, conforme aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique et visant la réalisation d'objectifs collectifs d'une importance fondamentale (*Oakes, précité*, à la p. 138).

Dans *Oakes, précité*, à la p. 136, le juge en chef Dickson a affirmé que, pour déterminer si les droits et libertés garantis par la *Charte* doivent être restreints,

[l]es tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Je souligne.]

Comme l'a dit le juge La Forest dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 77, en dernière analyse, toute tentative en vue de déterminer si la limite contestée constitue une atteinte justifiable à la liberté d'expression doit comporter une évalua-

23

24

free and democratic society. The enhancement of the electoral process, through the provision of quality, timely information, serves one of these fundamental principles, i.e., good participation and faith of individuals in the most important political institution of all — the electoral process.

(b) Purposes of Freedom of Expression: Access to Information

25

As to the purposes underlying freedom of expression, La Forest J. in *Ross*, at para. 59, and McLachlin J. in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 752, noted that s. 2(b) of the *Charter* aims at permitting free expression “to the end of promoting truth, political or social participation, and self-fulfilment”. Following these purposes, freedom of expression should not be considered as an end *per se*. The promotion of an informed vote over a misinformed vote meets the three purposes and truly serves the core values of the freedom of expression in a free and democratic society: by allowing timely discussion of all published poll results, s. 322.1 aims at fostering truth; by keeping open the possibility of timely debate as to the validity of poll results, it promotes active political and social participation, rather than condone passiveness as to poll results; by allowing for full scrutiny of the information carried by poll results late in the election campaign, it promotes voters’ self-fulfilment by ensuring that the intention voters really want to convey in casting their vote is actually expressed.

26

The quest for better information gives more meaning to voter participation in the electoral process. The very fact that some voters base their decision on opinion survey polls may justify the means taken to promote voters’ right to good information. This is consistent with the findings of this Court that one of the objectives underlying freedom of expression is the ability of voters to make informed choices (*Libman, supra*, at para.

tion des principes essentiels d’une société libre et démocratique. La valorisation du processus électoral grâce à une information de qualité, disponible en temps utile, sert l’un de ces principes fondamentaux, c.-à-d. la participation utile des citoyens à l’institution politique la plus importante qui soit — le processus électoral — et leur foi dans ce processus.

b) Les objectifs de la liberté d’expression: l’accès à l’information

En ce qui concerne les objectifs qui sous-tendent la liberté d’expression, le juge La Forest dans *Ross*, précité, au par. 59, et le juge McLachlin dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, à la p. 752, ont souligné que l’al. 2b) de la *Charte* vise à permettre la liberté d’expression «dans le but de promouvoir la vérité, la participation politique ou sociale et l’accomplissement de soi». Selon ces objectifs, la liberté d’expression ne devrait pas être considérée comme une fin en soi. Le fait de favoriser le vote éclairé pour éliminer le vote «à l’aveuglette» est compatible avec ces trois objectifs et sert vraiment les valeurs fondamentales de la liberté d’expression dans une société libre et démocratique: en permettant la discussion, en temps utile, de tous les résultats de sondages publiés, l’art. 322.1 vise à faire ressortir la vérité; en rendant possible la tenue, en temps utile, d’un débat sur la validité des résultats des sondages, il favorise la participation active des citoyens à la vie politique et sociale, au lieu d’encourager la passivité face aux résultats des sondages; en permettant un examen valable de l’information fournie par les résultats des sondages communiqués tard dans les campagnes électorales, il favorise l’épanouissement individuel des électeurs en faisant en sorte que leur vote soit l’expression véritable de leurs intentions.

La recherche d’une meilleure information donne davantage de sens à la participation des électeurs au processus électoral. Le fait même que certains électeurs fondent leur décision sur les sondages d’opinion peut justifier les moyens utilisés pour appuyer le droit des électeurs à une bonne information. Cela est compatible avec la conclusion de notre Cour qu’un des objectifs qui sous-tendent la liberté d’expression est la possibilité pour les élec-

54; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767).

As a matter of fact, in 1979, the committee on polling of the Regroupement québécois des sciences sociales suggested ways to improve the use of polls by journalists and to encourage increased accessibility to poll results broadcast during referendum campaigns. Quebec academics were concerned that with so many polls being conducted the public would not be able to distinguish between “good” and “poor” polls in the heat of the moment and that certain minimum standards of polling would lose out to partisan considerations. One of the committee’s recommendations was that publication and broadcast of opinion polls during the week prior to the election be prohibited. Public discussion on published surveys, however, would still be allowed (Lachapelle Study, *supra*, at pp. 40-41). The foregoing recommendations were analysed by the Commission des droits de la personne du Québec in the light of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. As Lachapelle noted at pp. 45-46:

According to the human rights commission of Quebec, three basic corollaries affect the public’s right to be fully informed, and these must be respected in the context of an election or referendum campaign:

1. the availability of accessible, unrestricted information;
2. access to plentiful, diversified information; and
3. access to accurate, high-quality information, which implicitly guarantees the freedom to criticize that information.

As to the appropriateness of a blackout period, Lachapelle mentioned that the Commission des droits de la personne du Québec expressed reservations and urged public debate on the issue, but decided against taking a position. According to Lachapelle, “[t]he reasons for the commission’s indecision were that although such a prohibition would interfere with freedom of expression, it might also encourage public debate and afford vot-

teurs de faire des choix éclairés (*Libman*, précité, au par. 54; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 767).

De fait, en 1979, le comité des sondages du Regroupement québécois des sciences sociales a proposé des moyens en vue d’améliorer le traitement journalistique des sondages d’opinion et de favoriser une plus grande accessibilité aux résultats de sondages diffusés lors de campagnes référendaires. Les universitaires québécois craignaient que, dans l’effervescence du moment, l’avalanche des sondages ne permette pas au public de distinguer les «bons» des «mauvais» sondages, et que certaines normes minimales de production ne soient pas respectées au profit de considérations partisans. Une des recommandations du Comité a été que la publication et la diffusion de tout sondage d’opinion soient interdites pendant la semaine précédant le jour du scrutin. La discussion publique des sondages publiés serait cependant permise (*Étude Lachapelle*, *op. cit.*, aux pp. 45 et 46). Ces recommandations ont été étudiées par la Commission des droits de la personne du Québec à la lumière de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12. Comme l’a souligné le professeur Lachapelle, à la p. 53:

Selon la Commission des droits de la personne du Québec, trois corollaires fondamentaux touchant directement le droit du public à une information pleine et entière doivent être respectés dans le contexte précis d’une campagne électorale ou référendaire:

1. l’accès à une information libre et sans entrave;
2. l’accès à une information abondante et diversifiée;
3. l’accès à une information rigoureuse et de qualité, qui permet implicitement l’exercice d’une critique libre sur cette information.

Relativement à l’opportunité d’une période d’embargo, le professeur Lachapelle a mentionné que la Commission des droits de la personne du Québec avait exprimé quelques réticences, au point où elle a décidé de ne pas prendre position et de réclamer un débat public sur la question. Au dire du professeur Lachapelle, «[t]out en reconnaissant que cette interdiction allait à l’encontre de la liberté d’expression, la Commission des droits de la personne

ers a better opportunity to consider the real issues at stake. The commission also emphasized that in a system with no restrictions, it would be impossible to correct any erroneous information published or broadcast during the final hours of a campaign. In short, this proposal would restrict the right to information, as defined in the commission's first two principles [corollaries], in order to promote the third." (Lachapelle Study, at p. 46.)

28

The position of the appellants and the intervener Canadian Civil Liberties Association regarding free expression in democracy is couched on the rationale that truth emerges through vigorous debate and more publication of polls. My colleague adopts this view, at para. 108:

But an opinion poll does not appear in a vacuum. Rather, it is published chronologically after a series of other polls which have been measuring public opinion throughout the election. In all likelihood, other polls conducted by other polling organizations will appear in other media outlets during the three days prior to election day. . . . The more polls which appear during this period, the less likely that voters will base their decisions on the inaccurate poll.

This philosophical underpinning was expressed by McIntyre J., speaking for the majority, in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, where he wrote at p. 583:

The importance of freedom of expression has been recognized since early times: see John Milton, *Areopagitica*; *A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), and as well John Stuart Mill, "On Liberty" in *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), at p. 14:

If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.

du Québec a par contre admis qu'elle pouvait également favoriser la discussion publique et déclencher chez les électeurs et électrices une réflexion plus poussée sur les enjeux véritables. La commission a également souligné le fait que dans un régime sans interdictions, il est impossible, à la toute fin d'une campagne électorale, d'apporter les correctifs nécessaires à la suite de la diffusion ou de la publication d'information erronée. En somme, cette proposition a pour caractéristique de restreindre le droit à l'information défini dans les deux premiers corollaires au profit de l'exercice du troisième.» (Étude Lachapelle, aux pp. 53 et 54.)

La thèse des appelantes et de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles en ce qui concerne la place de la liberté d'expression dans une démocratie est fondée sur le raisonnement que la vérité émerge d'un débat vigoureux des enjeux et de la publication du plus grand nombre possible de sondages. Mon collègue adopte ce point de vue, au par. 108:

Mais un sondage n'est pas fait dans l'abstrait. Au contraire, il est publié chronologiquement, dans une série de sondages mesurant l'opinion publique durant une campagne électorale. Selon toute vraisemblance, d'autres sondages effectués par d'autres maisons seront diffusés par d'autres médias au cours des trois derniers jours précédant le scrutin. [. . .] Plus il y a de sondages durant cette période, moins grand est le risque que les électeurs basent leur décision sur le sondage inexact.

Ce fondement philosophique a été décrit par le juge McIntyre qui s'exprimait pour la majorité dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où il écrit ceci, à la p. 583:

La reconnaissance de l'importance de la liberté d'expression ne date pas d'hier: voir John Milton, *Areopagitica*; *A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), et John Stuart Mill, «On Liberty» dans *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), à la p. 14:

[TRADUCTION] Si tous les hommes sauf un étaient du même avis et qu'une seule personne fût d'avis contraire, il ne serait pas justifié que l'ensemble des hommes bâillonnent ce seul individu, pas plus qu'il ne serait justifié que ce dernier, s'il en avait le pouvoir, bâillonne tous les autres hommes.

And, after stating that “All silencing of discussion is an assumption of infallibility”, he said, at p. 16:

Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.

Nothing in the vast literature on this subject reduces the importance of Mill’s words. The principle of freedom of speech and expression has been firmly accepted as a necessary feature of modern democracy.

According to this rationale, if there are distorting effects, these should be dealt with through corrective response of civil society (e.g., the media, political parties, private individuals, etc.), not through coercive action by the state. There is a serious problem with relying unreservedly on this rationale when it comes to elections. To say that truth most reliably emerges by means of correction through more polls is to assume an ongoing debate. In elections, the debate ends with the vote. A multiplicity of potentially inaccurate polls, none of which are in time to permit debate, fosters confusion and offers little protection to the public. Errors and misinformation may be corrected after the election, but the value of the correction is lost. Elections suggest that a special remedy may be in order: namely, a requirement that information be timely so as to avoid the harm occurring in the first place.

(c) Purpose of Section 322.1

The purpose of s. 322.1 is to improve information to the public during election campaigns. Its primary objective is positive rather than negative. Section 322.1 does not purport to suppress an evil *per se*, such as obscenity in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, or hate propaganda in *Keegstra*, *supra*.

Puis, après avoir dit que [TRADUCTION] «Tout acte ayant pour effet de supprimer la discussion suppose l’infaillibilité de son auteur», il a ajouté à la p. 16:

[TRADUCTION] Il est toutefois évident d’une évidence qui se passe de démonstration qu’une époque n’est pas plus infaillible que des individus, car chaque époque a été caractérisée par un grand nombre d’opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d’opinions maintenant généralement acceptées seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d’opinions jadis courantes.

L’importance des propos de Mill n’est nullement diminuée par l’abondante documentation qui traite de ce sujet. Le principe de la liberté de parole et d’expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie moderne.

Suivant ce raisonnement, s’il y a effet déformant, il appartient aux moyens disponibles dans le milieu de la contrer (par exemple les médias, les partis politiques, de simples particuliers) et non à l’État de le faire par mesures correctives. Toutefois, l’application sans réserve de ce raisonnement aux élections soulève un problème sérieux. Affirmer que la vérité émerge de l’effet correcteur de la publication de sondages supplémentaires, c’est présumer l’existence d’un débat qui se continue. Or, dans les campagnes électorales, le débat prend fin le jour du scrutin. Une multiplicité de sondages potentiellement inexacts, dont aucun ne serait publié en temps utile pour qu’il puisse être débattu, engendre la confusion et offre peu de protection au public. Il est possible, après l’élection, de corriger des erreurs et de rectifier une mauvaise information, mais de telles mesures n’ont plus d’utilité. Dans le cas des élections, une mesure spéciale semble s’imposer, soit l’obligation de communiquer l’information en temps utile, de manière à prévenir le mal.

c) L’objet de l’art. 322.1

L’article 322.1 a pour objet d’améliorer la qualité de l’information dont dispose le public pendant les campagnes électorales. Son principal objectif est de nature positive plutôt que prohibitive. L’article 322.1 ne vise pas à éliminer un mal proprement dit, telle l’obscénité dans *R. c. Butler*, [1992]

It aims at balancing and enhancing *Charter* rights, namely the informed exercise of the right to vote and a fundamental purpose of freedom of expression, i.e., informed participation in the electoral process. If one wants to identify a harm in the instant case, it would be a lack of enhancement of the electoral process through timely information. Section 322.1 aims at improving the search for truth, by providing for the timeliness of the publication of poll results, so as to allow discussion, not simply proscribing polls. It in no way dictates or deals with the content of expression.

30 The *Charter* should not become an impediment to social and democratic progress. It should not be made to serve substantial commercial interests in publishing opinion poll results, by defeating a reasonable attempt by Parliament to allay potential distortion of voter choice.

31 Parliament adopted s. 322.1 without expressed opposition, following lengthy, extensive, in-depth studies and consideration over several decades, in response to a long-standing concern. Being themselves the very objects of elections, members of Parliament were in the best position to assess the effects of polls in electoral campaigns and their impact on individual voters. In the proceedings, it has not been suggested that members of Parliament had any interest other than to foster the integrity of the electoral process by avoiding voters being misled on facts through denial of an opportunity for scrutiny and discussion.

(d) Evidence

32 Social science studies composed much of the evidence submitted before the motions judge. In that respect, Somers J. rightly stated, at p. 142:

1 R.C.S. 452, ou la propagande haineuse dans *Keegstra*, précité. Il tend plutôt à concilier et à renforcer des droits garantis par la *Charte*, savoir l'exercice éclairé du droit de vote ainsi qu'un aspect fondamental de la liberté d'expression, c.-à-d. la participation éclairée au processus électoral. Si on tient à identifier un mal en l'espèce, il s'agit de l'affaiblissement du processus électoral par l'absence de communication de l'information en temps utile. L'article 322.1 n'a pas pour but l'interdiction des sondages mais il vise plutôt à favoriser la recherche de la vérité en pourvoyant à la publication de leurs résultats en temps utile, pour qu'ils puissent être discutés. En aucune façon concerne-t-il ou dicte-t-il le contenu de cette forme d'expression.

La *Charte* ne doit pas devenir un obstacle au progrès social et démocratique. Elle ne doit pas être mise au service de puissants intérêts commerciaux désireux de publier des résultats de sondages, en faisant échouer une tentative raisonnable du Parlement de prévenir la dénaturation potentielle du choix exprimé par les électeurs.

En réponse à une préoccupation de longue date, le Parlement a adopté sans opposition l'art. 322.1, au terme de dizaines d'années de réflexion et d'études longues et approfondies. Étant les principaux acteurs du processus électoral, les députés étaient les personnes les mieux placées pour évaluer les effets des sondages pendant les campagnes électorales ainsi que leur influence sur les électeurs. Personne n'a prétendu, au cours des présentes procédures, que les députés étaient motivés par quelque autre intérêt que celui de renforcer l'intégrité du processus électoral en évitant que les électeurs soient induits en erreur sur des faits parce qu'on leur refuse la possibilité de bien les examiner et d'en discuter.

d) La preuve

Une grande partie de la preuve présentée au juge des requêtes était composée d'études réalisées dans le domaine des sciences sociales. À cet égard, le juge Somers a, avec raison, affirmé ce qui suit, à la p. 142:

[I]t would be a mistake to look only at social science evidence in assessing whether the objective is pressing and substantial. . . . Of course, social science data are ready evidence of the importance of different problems, but it is not the only evidence courts should consider, nor should it be given decisive weight or considered requisite to government action. Thus, even if social science evidence is found to be inconclusive, it is still possible to ground a pressing objective on evidence of extended public debate of an issue or by looking at the actions of other democracies. On this application, it is clear from the number of times a concern about polling was raised by the public and in reports stemming from public consultation, that many considered this to be a pressing issue. . . . In a democracy, it is to be expected that representatives will react to such a debate, either through private members bills or government legislation; it might be an institutional failure if they did not. [Emphasis added.]

As outlined earlier in these reasons, Somers J. had ample material to support his position that, taken as a whole, the evidence “serves to buttress the respondent’s contention that the unregulated distribution of poll results is not without its potential problems” (p. 121). It must be pointed out that the Court of Appeal unanimously accepted Somers J.’s observations and findings of facts regarding his s. 1 analysis (see (1996), 30 O.R. (3d) 350, at pp. 359-60). The evidence shows that there exists a long-standing concern about the publication of opinion survey results during election campaigns in Canada. In the last 30 years at least, several reports have studied and discussed this issue in depth.

In the instant case, at p. 143, Somers J. rightly found that

it is reasonable to presume that polls can harm the electoral process. I rely here on the following evidence:

[TRADUCTION] [C]e serait une erreur que d’examiner seulement la preuve fondée sur les sciences sociales pour évaluer si l’objectif est urgent et réel. [. . .] Bien entendu, les données produites par les sciences sociales sont des éléments de preuve disponibles sur l’importance de divers problèmes, mais il ne s’agit pas des seuls éléments de preuve que les tribunaux doivent examiner et il ne faut pas non plus leur accorder un poids décisif ni les considérer comme un préalable à l’action gouvernementale. En conséquence, même si la preuve fondée sur les sciences sociales est jugée non concluante, il demeure possible d’étayer l’existence d’un objectif urgent en prouvant qu’une question fait l’objet d’un large débat public ou en examinant les mesures prises dans d’autres démocraties. Dans le cadre de la présente requête, il ressort clairement du nombre de fois que des préoccupations concernant les sondages ont été soulevées par le public et dans des rapports issus de consultations publiques que de nombreuses personnes estiment qu’il s’agit d’une question urgente. [. . .] Dans une démocratie, on s’attend à ce que les élus réagissent à un tel débat, soit par le dépôt par des députés de projets de loi, soit par des mesures législatives sur initiative du gouvernement; le défaut d’agir des élus pourrait bien constituer un manquement institutionnel. [Je souligne.]

Comme je l’ai souligné, le juge Somers disposait amplement d’éléments au soutien de sa conclusion que la preuve, prise globalement, [TRADUCTION] «étaye la prétention de l’intimé que la distribution non réglementée des résultats de sondages n’est pas sans problèmes potentiels» (p. 121). Il convient de souligner que la Cour d’appel a unanimement accepté les observations et les conclusions de fait du juge Somers en ce qui concerne son analyse selon l’article premier (voir (1996), 30 O.R. (3d) 350, aux pp. 359 et 360). Il ressort de la preuve que la publication des sondages d’opinion pendant les campagnes électorales constitue une préoccupation de longue date au Canada. Au cours des 30 dernières années tout au moins, plusieurs rapports ont examiné et analysé la question en profondeur.

En l’espèce, le juge Somers a à juste titre conclu, à la p. 143,

[TRADUCTION] [qu’i]l est raisonnable de présumer que les sondages peuvent porter atteinte au processus électoral. Je me fonde à cet égard sur les éléments de preuve suivants:

- (1) the sheer prevalence of polling results (22 national polls reported during the 1988 election, mentioned in some 30 per cent of television coverage);
- (2) awareness of poll results amongst 70 to 80 per cent of the public;
- (3) methodological information necessary of critical evaluation is very frequently absent from reporting;
- (4) the lack of a corrective response time when polls are published close to election day.

In reaching these conclusions, Somers J. makes specific reference to several findings of the Lortie Commission. Referring to its finding, at p. 457 of its Final Report, that “recent research provides strong support for the proposition that published opinion polls can significantly influence campaigns and voters”, he commented (at p. 118) that “[t]he Commission based this conclusion on the fact that ‘[o]ur research demonstrates that polls did have measurable effects on the conduct of election campaigns and the choice voters make’ (p. 456).”

35

As he stated, at p. 119:

... the evidence presented dealt not only with the effect of polls on voters, but also with problems associated with the undue influence, late publication and accuracy of polls. The evidence pointed to a general worry about the “undue influence” of opinion polls on the election process. This influence is said to flow from two related factors. The first is that the polls are presented as scientific and authoritative. The second is that despite this presentation, the public is often not given the information needed to gauge a poll’s true accuracy. [Emphasis added.]

This is further explained in the Lortie Commission Final Report (p. 455 quoted at p. 119 of the judgment):

Because they are presented as “scientific”, published opinion polls raise issues of public confidence in the integrity of the electoral process. Notwithstanding their

- 1) le simple fait de l’omniprésence des sondages (22 sondages nationaux ont été recensés pendant la campagne électorale de 1988 et mentionnés dans 30 pour 100 des reportages télévisés);
- 2) la connaissance, par 70 à 80 pour 100 du public, des résultats des sondages;
- 3) l’absence très fréquente, dans les reportages, de l’information nécessaire sur la méthodologie utilisée pour faire une appréciation critique des sondages;
- 4) l’absence d’un délai de rectification lorsque les sondages sont publiés peu de temps avant le jour du scrutin.

À l’appui de ses conclusions, le juge Somers réfère expressément à plusieurs constatations de la Commission Lortie. Se référant à la conclusion suivante, qui figure à la p. 475 du Rapport final de la Commission Lortie: «Bien que les maisons de sondage ne cessent de répéter que leurs données affectent peu le vote, des recherches récentes tendent à prouver le contraire», le juge Somers fait le commentaire qui suit (à la p. 118): [TRADUCTION] «[l]a Commission a fondé cette conclusion sur le fait qu’il ressortait de ses recherches que “les sondages ont effectivement une influence mesurable sur la conduite des campagnes électorales et sur les choix de l’électorat” (pp. 473 et 474).»

Comme dit le juge Somers, à la p. 119:

[TRADUCTION] ... la preuve présentée portait non seulement sur l’effet des sondages sur les électeurs, mais également sur des problèmes liés à l’influence indue des sondages, à leur publication tard dans les campagnes électorales et à leur exactitude. La preuve a révélé l’existence d’une inquiétude généralisée à l’égard de l’«influence indue» des sondages d’opinion sur le processus électoral. Cette influence découlerait, affirme-t-on, de deux facteurs connexes. Le premier est le fait que les sondages sont présentés comme ayant un caractère scientifique et faisant autorité. Le deuxième est que, malgré qu’ils soient présentés ainsi, il arrive souvent qu’on ne fournisse pas au public l’information nécessaire pour évaluer leur exactitude. [Je souligne.]

Des explications supplémentaires sont données dans le Rapport final de la Commission Lortie (à la p. 473, et citées à la p. 119 du jugement):

Parce qu’ils sont présentés comme «scientifiques», les sondages d’opinion diffusés par les médias suscitent des inquiétudes quant à la confiance du public dans l’in-

claims to scientific validity and accuracy in representing the views of all potential voters, opinion polls are susceptible to many forms of error and misrepresentation. The apparent precision of the data they report fails to reflect the fact that they are estimates of the distribution of opinion at a given time. Yet their apparent authority gives them considerable influence over the conduct of campaigns and the choices made by voters. [Emphasis added.]

Somers J. also found, at p. 142, that the international review of legislation regarding publication of opinion poll results during elections was “strong evidence of a pressing objective”. At least six European Union countries have some form of polling blackout, ranging in duration from five days in Spain to the entire length of the election in Portugal. French regulations prohibit publication during the last week before a round of voting for presidential, legislative, or European elections. In Belgium, the prohibition lasts 30 days. Greece, Brazil, South Africa, South Korea, Japan, and Australia enacted legislation to regulate or ban the publication of poll results. The Lachapelle Study, *supra*, concluded its international survey, at p. 68, by asserting that:

A review of the legislation of various countries reveals that governments tend toward outright banning of polls near the end of election campaigns rather than requiring the publication of a specifications sheet. Only France has chosen both options. However, every law is imperfect and can only partially regulate as multifaceted a practice as polling. [Emphasis added.]

The fact that so many democratic, industrialized nations have passed legislation in this particular area is further evidence of the importance of the problem. Extensive polling is a relatively recent phenomenon. That some countries have not responded does not detract from the fact that many have. To make the response of others to political or

tégrité du processus électoral. En dépit de la précision scientifique revendiquée par leurs auteurs, les sondages sont sujets à maintes erreurs et distorsions. La précision apparente de leurs données occulte le fait qu'ils ne sont jamais qu'une estimation de la distribution de l'opinion à un moment donné. Leur apparence de rigueur leur confère néanmoins une influence considérable sur la conduite des campagnes et l'issue des scrutins. [Je souligne.]

Le juge Somers conclut également, à la p. 142, que l'examen des dispositions législatives en vigueur dans d'autres pays relativement à la publication des résultats de sondages d'opinion pendant les campagnes électorales apportait [TRADUCTION] «une preuve solide de l'existence d'un objectif urgent». Au moins six pays membres de l'Union européenne interdisent, dans une plus ou moins large mesure, la publication des sondages pendant les campagnes électorales. La durée de cette interdiction va de cinq jours en Espagne à toute la durée de la campagne électorale au Portugal. En France, il est interdit de publier des sondages pendant la semaine qui précède un tour de scrutin dans le cadre des élections présidentielles, législatives ou européennes. En Belgique, la durée de l'interdiction est de 30 jours. En outre, des mesures législatives réglementant ou interdisant la publication de sondages ont été adoptées en Grèce, au Brésil, en Afrique du Sud, en Corée du Sud, au Japon et en Australie. L'Étude Lachapelle, *op. cit.*, a conclu son survol de la situation à l'échelle internationale, en affirmant ce qui suit, à la p. 79:

Il ressort de ce survol de la législation de divers pays que les gouvernements ont davantage tendance à interdire carrément les sondages vers la fin des campagnes électorales plutôt que d'exiger la publication d'une fiche technique, seule la France ayant choisi ces deux options. Toutefois, toute législation demeure en soi imparfaite et ne peut que partiellement réglementer une pratique, telle celle des sondages, ayant de multiples facettes. [Je souligne.]

Le fait qu'autant de nations industrialisées de tradition démocratique aient adopté des mesures législatives en la matière est une preuve supplémentaire de l'importance du problème. La prolifération des sondages est un phénomène relativement récent. Le fait que certains pays n'ont pas réagi à ce phénomène n'enlève rien au fait que de nom-

social concerns a pre-requisite to legislation would transform the *Charter* into a sword against social progress and stultify government action.

breux autres l'ont fait. Ériger la prise de mesures par d'autres pays à l'égard de problèmes politiques ou sociaux en préalable à l'adoption de mesures législatives en la matière aurait pour effet de faire de la *Charte* une arme contre le progrès social et d'étouffer l'action gouvernementale.

37

In their factum, the appellants refer to a decision of the Alberta Court of Appeal, *Canada (Attorney General) v. Somerville*, [1996] 8 W.W.R. 199, to support the view that Parliament's objective as to the impugned legislation is not permissible under the *Charter*. In *Somerville*, the Court of Appeal held that certain provisions of the *Canada Elections Act* which, among other things, limited third party advertising expenses during a federal election campaign to a maximum of \$1,000 per individual, were contrary to freedom of expression under the *Charter*. Conrad J.A., Harradence J.A. concurring, stated, at pp. 228 and 231, that:

Dans leur mémoire, les appelantes se sont référées à l'arrêt *Canada (Attorney General) c. Somerville*, [1996] 8 W.W.R. 199, de la Cour d'appel de l'Alberta au soutien de leur prétention que l'objectif que vise le Parlement par la disposition législative contestée n'est pas autorisé par la *Charte*. Dans cet arrêt, la Cour d'appel a conclu que certaines dispositions de la *Loi électorale du Canada* ayant notamment pour effet de limiter à 1 000 \$ par personne les frais de publicité que peuvent engager des tiers lors des campagnes électorales fédérales étaient incompatibles avec la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Le juge Conrad a déclaré ceci, avec l'appui du juge Harradence, aux pp. 228 et 231:

The Attorney General argues that unrestricted third party advertising could distort the political process.

[TRADUCTION] Le procureur général prétend que la publicité illimitée par les tiers peut dénaturer le processus politique.

. . .

. . .

This legislation bans input. This is a case where the objective of the legislation is not trying to balance expenditures of outside groups, the press and parties. Rather, one is led to conclude that the very aim or purpose of this legislation is to ensure that third parties cannot be heard in any effective way and that political parties are entitled to preferential protection. Its objective strikes at the core of these fundamental rights and freedoms, and is arguably *legislation which has as its very purpose the restriction of these rights and freedoms, which can never be justified*. [Emphasis added by the appellants.]

La mesure législative en cause interdit à des personnes de s'exprimer. Dans la présente affaire, l'objectif de la mesure législative n'est pas d'établir un équilibre entre les dépenses engagées par des groupes extérieurs, la presse et les parties. On est plutôt amené à conclure que le but ou l'objet même de cette mesure est de faire en sorte que les tiers ne puissent se faire entendre de manière efficace et que certains partis politiques jouissent d'une protection préférentielle. Son objectif touche au cœur même de ces libertés et droits fondamentaux, et il est possible de soutenir qu'il s'agit d'une *mesure législative qui a pour objet la restriction de ces droits et libertés, restriction qui ne peut jamais être justifiée*. [Soulignement et italiques ajoutés par les appelantes.]

In *Libman*, *supra*, at para. 56, the *Somerville* decision was unanimously criticized inasmuch as this Court declared "that the objective of Quebec's referendum legislation [of promoting fairness in a democratic process through a certain equality of resources] is highly laudable, as is that of the *Canada Elections Act*". In *Libman*, the system set

Dans l'arrêt *Libman*, précité, au par. 56, l'arrêt *Somerville* a été unanimement critiqué dans la mesure où notre Cour a déclaré que «l'objectif de la loi référendaire québécoise [qui consiste à favoriser l'équité du processus démocratique en visant à égaliser les ressources disponibles] est fort louable, au même titre que l'objectif de la *Loi électo-*

up by the referendum legislation restricted independent spending, thus freedom of expression, in order “to preserve a balance in the promotion of the options and favour an informed and truly free exercise of the right to vote” (para. 54 (emphasis added)). The instant case aims at this very objective.

Considering that the legislative objective of s. 322.1 of the *Canada Elections Act* is consistent with and indeed enhances the objectives underlying freedom of expression, among them the ability of voters to make informed choices and the promotion of political and social participation, that Parliament’s concern is clearly pressing and substantial, in that it is directed to the realisation of the important collective goal of safeguarding the integrity of the electoral process (*Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 38), I conclude that the objective of preventing the potentially distorting effect of public opinion survey results that are released late in an election campaign when there is no longer a sufficient opportunity to respond is a sufficiently important objective which meets the first step of the analysis under s. 1 of the *Charter*.

3. *Proportionality Test*

(a) Rational Connection

Parliament has chosen to ban the publication, dissemination and broadcast of poll results from midnight on Friday before polling day through the end of polling day. “The essence of rational connection is a causal relationship between the objective of the law and the measures enacted by the law. This is often a difficult matter to establish by evidence, and the Supreme Court of Canada has not always insisted on direct proof of the causal relationship.” (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 35-29.) In *RJR-MacDonald*, *supra*, the Court unanimously agreed that a causal relationship between advertising and tobacco product consumption could be

rale du Canada». Dans *Libman*, le régime établi par la loi référendaire limitait les sommes que les particuliers pouvaient engager et, de ce fait, portait atteinte à la liberté d’expression de ces derniers «pour préserver l’équilibre dans la diffusion des options et favoriser un exercice éclairé et véritablement libre du droit de vote» (par. 54 (je souligne)). L’objectif visé en l’espèce est exactement le même.

Étant donné que l’objectif visé par l’art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* est compatible avec les objectifs qui sous-tendent la liberté d’expression, notamment la capacité des électeurs de faire des choix éclairés et l’encouragement de la participation des citoyens à la vie politique et sociale et de fait les favorise, et que la préoccupation du législateur est clairement urgente et réelle, en ce qu’elle tend à la réalisation d’un but collectif important — savoir la sauvegarde de l’intégrité du processus électoral (*Harvey c. Nouveau Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, au par. 38), je conclus que l’objectif qui consiste à prévenir l’effet déformant susceptible de découler de la publication de résultats de sondages tard dans les campagnes électorales, lorsqu’il ne reste plus assez de temps pour y répondre, constitue un objectif suffisamment important pour satisfaire au premier volet de l’analyse selon l’article premier de la *Charte*.

3. *Le critère de la proportionnalité*

a) Le lien rationnel

Le Parlement a choisi d’interdire la publication, l’annonce et la diffusion de résultats de sondages entre minuit le vendredi qui précède le jour du scrutin et la fermeture des bureaux de scrutin. [TRADUCTION] «L’essence du lien rationnel est l’existence d’un lien de causalité entre l’objectif de la règle de droit et les mesures édictées par celle-ci. Ce lien de causalité est souvent difficile à établir en preuve, et la Cour suprême du Canada n’a pas toujours insisté pour qu’on en fasse la preuve directe». (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. à feuilles mobiles), vol. 2, à la p. 35-29.) Dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, la Cour a accepté à l’unanimité qu’un lien de causalité

based either on common sense, reason, or logic (La Forest J., at para. 86; McLachlin J., at paras. 156-58; and Iacobucci J., at para. 184), even though the evidence may be admittedly inconclusive. In *Butler, supra*, Sopinka J. found, at p. 502, that it was “reasonable to presume” that there is a causal relationship between obscenity and harm to society. Similarly, in *Ross, supra*, La Forest J., writing for the Court, held, at para. 101, that it was “reasonable to anticipate” that there is a causal link between anti-Semitic activity by school teachers outside school and discriminatory attitudes within school.

entre la publicité et la consommation de produits du tabac pouvait être fondé sur le bon sens, la raison ou la logique (le juge La Forest, au par. 86; le juge McLachlin, aux par. 156 à 158; et le juge Iacobucci, au par. 184), même si la preuve peut, reconnaît-on, être non concluante. Dans *Butler*, précité, le juge Sopinka a conclu, à la p. 502, qu’il est «raisonnable de supposer» qu’il existe un lien de causalité entre l’obscénité et le préjudice causé à la société. De même, dans *Ross*, précité, le juge La Forest, s’exprimant au nom de la Cour, a conclu, au par. 101, qu’il était «raisonnable de s’attendre» à ce qu’il existe un lien de causalité entre les activités antisémites d’enseignants à l’extérieur des écoles et les attitudes discriminatoires qui avaient cours à l’intérieur de celles-ci.

40 In the instant case, the rational connection is self-evident. Opinion polls significantly influence voter choice and electoral campaigns. It follows that the publication of inaccurate, though authoritative, opinion survey results that go uncorrected may well lead to voters making misinformed decisions. Logically, there is a reasoned apprehension that voters will be deprived of the full exercise of their franchise. Its importance is measured by the significant influence of polls on voters and the prevalence of misleading polls. Ensuring that polls that cannot be adequately, publicly and independently evaluated as to their correctness because of insufficient time are not published clearly addresses this problem. Voters are free to cast their ballot as they see fit; however, the democratic process cares about each voter and should not tolerate the fact that, in the pooling booth, some voters would express themselves on the basis of misleading, or potentially misleading, information that is *de facto* immunized from scrutiny and criticism.

En l’espèce, le lien rationnel est évident. Les sondages d’opinion influencent de façon importante le choix des électeurs et les campagnes électorales. Il s’ensuit que la publication de résultats de sondages qui, quoiqu’ils fassent autorité, sont inexacts et ne sont pas rectifiés, peut fort bien amener les électeurs à prendre des décisions mal éclairées. Logiquement, il existe une appréhension raisonnée que certains électeurs soient privés de la possibilité d’exercer pleinement leur droit de vote. L’importance de cette appréhension se mesure à l’influence des sondages sur les électeurs et à la fréquence des sondages trompeurs. Or, le fait d’interdire la publication de sondages dont l’exactitude ne peut, par manque de temps, être évaluée de manière adéquate, publique et indépendante, vise clairement à résoudre ce problème. Les électeurs sont libres de voter comme ils l’entendent. Cependant, le processus démocratique implique chaque électeur et ne devrait pas tolérer le fait que, dans l’isoloir, certains électeurs expriment leur choix sur la foi de renseignements trompeurs ou potentiellement trompeurs, renseignements qui sont *de facto* à l’abri de tout examen ou critique.

(b) Minimal Impairment

b) L’atteinte minimale

41 In my view, there is no doubt that s. 322.1 constitutes a genuine mediation between the rights of voters to receive information in a timely fashion, and the right of pollsters and publishers freely to provide the information they want. Not only does

À mon avis, il ne fait aucun doute que l’art. 322.1 constitue un véritable compromis entre le droit des électeurs d’obtenir de l’information en temps utile et celui des sondeurs et des diffuseurs de fournir librement l’information de leur choix.

the legislation protect the rights of voters but it does so by serving one of the very purposes of freedom of expression, that is informing while allowing for political debate and discussion. As mentioned earlier, the provision also strikes a balance between two basic aspects of voters' right to information, that are, on the one hand, the availability of accessible, unrestricted, plentiful, diversified information and, on the other, the timely availability of factual information that may be misleading so as to allow for scrutiny and criticism.

In matching means to ends and asking whether rights are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck (*Irwin Toy, supra*, at p. 993). As the majority also held in *Irwin Toy*, at p. 999: "This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups." I share the respondent's view that this Court should not second-guess the wisdom of Parliament in its endeavour to draw the line between competing credible evidence, once it has been established, on the civil standard of proof, that Parliament's objective was pressing and substantial:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function.

(*Irwin Toy*, at p. 993.)

Non seulement cette mesure législative protège-t-elle les droits des électeurs, mais elle le fait en servant l'un des objectifs mêmes de la liberté d'expression, celui d'informer le public tout en permettant la discussion et les débats politiques. Comme je l'ai déjà dit, cette disposition établit également un équilibre entre deux aspects fondamentaux du droit des électeurs à l'information: d'une part, la disponibilité d'une information accessible, abondante, diversifiée et non assortie de restrictions; d'autre part, l'accès en temps utile à l'information factuelle qui est susceptible d'être trompeuse, de manière à en permettre l'examen minutieux et la critique.

En comparant la fin et les moyens et en se demandant s'il a été porté atteinte le moins possible aux droits en cause, le législateur qui est appelé à arbitrer les revendications de groupes concurrents sera obligé de trouver le point d'équilibre sans certitude absolue quant à la réponse optimale (*Irwin Toy*, précité, à la p. 993). Comme ont également conclu les juges de la majorité dans cet arrêt, à la p. 999: «Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables.» Je suis d'avis comme l'intimé que notre Cour ne devrait pas mettre en doute la sagesse du Parlement dans ses efforts pour faire la part des choses à même les éléments de preuve contradictoires mais par ailleurs crédibles, une fois qu'il a été établi, suivant la norme de preuve applicable en matière civile, que l'objectif du législateur est urgent et réel:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif.

(*Irwin Toy*, à la p. 993.)

43

At this stage, the question is whether there is a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that a blackout on all opinion polls during the last weekend of an election campaign and during election day impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective (*Irwin Toy*, at p. 994). Parliament is not bound to find the least intrusive nor the best means. This would be too high a standard for our elected representatives to meet. In *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160, McLachlin J. stated:

[T]he government must show that the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement. . . . [Emphasis added.]

(See also *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*, at para. 47, *per* La Forest J.)

In *Keegstra*, *supra*, Dickson C.J. also noted at pp. 784-85:

In assessing the proportionality of a legislative enactment to a valid governmental objective, however, s. 1 should not operate in every instance so as to force the government to rely upon only the mode of intervention least intrusive of a *Charter* right or freedom. It may be that a number of courses of action are available in the furtherance of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not, and is in all

À ce stade-ci la question est de savoir s'il existe, à la lumière de la preuve présentée, un fondement raisonnable permettant de conclure que l'imposition d'un embargo visant tous les sondages d'opinion durant la fin de semaine précédant le jour du scrutin et le jour du scrutin lui-même porte atteinte le moins possible à la liberté d'expression compte tenu de l'objectif urgent et réel poursuivi par le gouvernement (*Irwin Toy*, à la p. 994). Le législateur n'est pas tenu de trouver le moyen le moins attentatoire ni encore le meilleur moyen. Il s'agirait d'une norme trop élevée pour nos élus. Dans *RJR-MacDonald*, précité, au par. 160, le juge McLachlin déclare ceci:

[L]e gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d'expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif. La restriction doit être «minimale», c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif de la violation . . . [Je souligne.]

(Voir également *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, au par. 47, le juge La Forest.)

Dans *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson dit aussi, aux pp. 784 et 785:

Dans l'appréciation de la proportionnalité d'une disposition législative avec un objectif gouvernemental valable, toutefois, l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi, qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportion-

other respects proportionate to a valid s. 1 aim. [Emphasis added.]

One can conceive of alternatives to the impugned measure. In *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160, McLachlin J. stated: “if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail” (emphasis added). I conclude that these alternative measures cannot pretend to equally serve the objective of preventing the potentially distorting effect of public opinion survey results that are released late in an election campaign when there is no longer a sufficient opportunity to respond, and be as effective when compared to the measure at issue.

One of the suggested alternatives is mandatory publication of methodological information. Since poll results would be allowed to be published up until the last minute of the election campaign, it supposes that voters can, looking at that methodological information, decide for themselves if the poll was properly conducted and ascertain whether the results are reliable. Absent sufficient time for public discussion of the poll results, it is unlikely that this alternative would be of real assistance as voters may lack the requisite knowledge to properly assess the results. The publication of methodological information is useful when analysts and political parties have sufficient time to evaluate its validity.

The second proposed solution is to create a punishment for publishing false poll results. Once again, the proposal suffers from serious shortcomings. Firstly, the prohibition is unlikely to prevent voters from being misled. Despite successful prosecution, the damage to voters would already have been done. Secondly, even if one were to assume that such a prohibition, coupled with severe sanctions, would serve as a deterrent, it would only aim at intentional deception. Consequently erroneous polls whose results will not have been considered

née à un objectif légitime aux fins de l'article premier. [Je souligne.]

On peut concevoir des solutions autres que la mesure contestée. Dans *RJR-MacDonald*, précité, au par. 160, le juge McLachlin déclare que «si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide» (je souligne). J'arrive à la conclusion qu'aucune de ces solutions de rechange ne saurait prétendre servir aussi bien l'objectif visé, savoir éviter l'effet potentiellement déformant de résultats de sondages publiés tard dans la campagne électorale, alors qu'il ne reste plus assez de temps pour y répliquer, et être aussi efficace que la mesure en litige.

L'une des solutions de rechange proposées est la publication obligatoire d'information sur la méthodologie utilisée. Comme la publication de résultats de sondages serait autorisée jusqu'à la toute fin de la campagne électorale, les électeurs seraient en mesure, à partir de cette information, de décider par eux-mêmes si un sondage a été établi convenablement et de déterminer si ses résultats sont fiables. En l'absence d'une période qui soit suffisamment longue pour permettre la discussion publique des résultats des sondages, il est peu probable que cette solution soit vraiment utile, car il est possible que les électeurs n'aient pas les connaissances requises pour évaluer convenablement ces résultats. La publication d'information méthodologique est utile lorsque analystes et partis politiques ont suffisamment de temps pour évaluer sa validité.

La deuxième solution proposée est de pénaliser la publication de faux résultats de sondages. Cette proposition présente elle aussi de sérieuses lacunes. Premièrement, l'interdiction n'empêcherait vraisemblablement pas les électeurs d'être induits en erreur. Même si des poursuites étaient intentées avec succès, le tort aurait déjà été causé. Deuxièmement, même dans l'hypothèse qu'une telle interdiction, assortie de peines sévères, aurait un effet dissuasif, elle ne viserait que les cas de tromperie intentionnelle. En conséquence, des son-

44

45

46

due to lack of time will still mislead voters and remain unpunished.

47 In summary, there is simply no equally effective alternative to the current short-term blackout for achieving the legislative objective.

48 What is then the scope of s. 322.1? It is claimed that s. 322.1 is overbroad in that it prohibits polls of all kinds regardless of their scientific nature or quality. I agree with the Court of Appeal's finding that the provision prohibits all opinion surveys, regardless of how informal they may be, "hamburger polls" included. The expression "hamburger polls" describes what is sometimes used as a marketing device during elections where goods are matched to political candidates or parties. The sales of each item are then claimed to reflect public sentiment. As amusing as it may sound, the expression "hamburger polls" tends to suggest a clear cut line between reliable poll results and misleading poll results. There is no such clear demarcation. To limit the ban to polls that are acceptable to the scientific community leaves out polls that, some voters may wrongly be led to believe, are representative or based on scientific methodology, and complicates enforcement of the provision. On the other hand, the information conveyed by "hamburger polls" is of such questionable nature that any infringement of *Charter* rights is minimal, at best.

49 I add that, considering the main legislative objective, I share my colleague's view that the impugned legislation does not apply to the discussion of previously released poll results. After stating two purposes for s. 322.1, namely to provide voters with a rest period and to guard them against

dages erronés, dont les résultats n'auraient pas été examinés faute de temps, continueraient d'induire en erreur les électeurs, et leur publication resterait impunie.

En résumé, il n'existe tout simplement pas de solution de rechange aussi efficace que le court embargo en vigueur actuellement pour réaliser l'objectif visé par la loi.

Quelle est donc alors la portée de l'art. 322.1? On prétend que l'art. 322.1 a une portée trop large en ce qu'il interdit la publication de tous les types de sondages, indépendamment de leur nature ou qualité scientifiques. Je souscris à la conclusion de la Cour d'appel que la disposition visée interdit tous les sondages d'opinion, si informels qu'ils soient, y compris les [TRADUCTION] «votes au hamburger» («*hamburger polls*»). Cette expression désigne un truc de marketing parfois utilisé lors de campagnes électorales et au moyen duquel on vend des biens de consommation en les associant à des partis politiques ou à des candidats. Le nombre d'articles de chaque type ainsi vendus est ensuite présenté comme le reflet de l'opinion publique. Aussi amusante qu'elle puisse paraître, l'expression «votes au hamburger» tend à indiquer l'existence d'une ligne de démarcation nette entre les résultats de sondages fiables et les résultats trompeurs. Or, une telle ligne de démarcation n'existe pas. Le fait de limiter l'application de l'interdiction aux sondages jugés acceptables par la communauté scientifique a pour effet de permettre la publication de sondages que certains électeurs pourraient à tort considérer comme représentatifs ou fondés sur une méthodologie scientifique, en plus de rendre plus difficile la mise en œuvre de la mesure. Par ailleurs, l'information communiquée par les «votes au hamburger» est à ce point douteuse que toute atteinte à des droits garantis par la *Charte* est minimale, tout au plus.

J'ajoute que, compte tenu du principal objectif de la mesure législative en cause, je suis d'avis comme mon collègue que la disposition contestée n'interdit pas l'analyse des résultats de sondages déjà publiés. Après avoir fait état de deux objectifs sous-tendant l'art. 322.1, c'est-à-dire le fait d'ac-

an inaccurate poll which occurs late in the campaign, my colleague writes, at para. 99:

Accepting these as the two objectives of s. 322.1, it is my view that any ambiguity in the words of the section should be interpreted in accordance with those purposes, rather than to frustrate them. I conclude, therefore, that Somers J. was correct in interpreting the prohibition in s. 322.1 as applying only to “new” poll results, i.e. results that are undisclosed as of midnight on the Friday before election day. Far from preventing old poll results from being mentioned, the very *raison d’être* of the section is that those old poll results should be aired and discussed in the media so that their accuracy can be fully determined in public debate.

The legislation prohibits broadcast, publication and dissemination. *Ejusdem generis*, these expressions refer only to the initial release of poll results. In comparison, French and Belgian regulations more clearly ban the publication, broadcast and commentary of the surveys.

The impugned limitation minimizes the risks of publication and dissemination of misleading poll results on or just before the crucial moment of the polling day, by allowing just enough time (72 hours approximately), from Friday prior to election day to the closing of polling stations on election day, to collect any undisclosed methodological information, assess poll results, discuss the assessment, criticize the analyses, and disseminate the results of the discussions throughout the electorate. This period is very shortlived, especially for the analysis of a cross-Canada opinion poll and the airing of the analysis, having regard to the time allotted for voting and the restriction on broadcasting and advertising on polling day and the day preceding.

The Lachapelle Study suggested 72 hours, while the Lortie Commission recommended 48. Profes-

corder aux électeurs une période de répit et de les protéger contre la publication, tard dans les campagnes électorales, de sondages inexacts, mon collègue écrit ceci au par. 99:

Acceptant qu’il s’agit là des deux objectifs de l’art. 322.1, je suis d’avis que toute ambiguïté des mots employés dans cette disposition doit être dissipée de manière à favoriser et non à contrecarrer la réalisation de ces objectifs. En conséquence, je conclus que le juge Somers a eu raison de considérer que l’interdiction prévue à l’art. 322.1 s’applique uniquement aux résultats de «nouveaux» sondages, c’est-à-dire aux résultats qui n’ont pas encore été communiqués à minuit le vendredi qui précède le jour du scrutin. Loin d’empêcher que l’on fasse état des résultats de sondages déjà publiés, la raison d’être même de cet article est la diffusion et la discussion de ces sondages dans les médias de sorte que leur exactitude puisse être débattue pleinement en public.

La disposition en cause interdit l’annonce, la publication et la diffusion des résultats de sondages. Or, suivant la règle *ejusdem generis*, ces expressions ne visent que la communication initiale des résultats de sondages. Par comparaison, en France et en Belgique, la réglementation applicable interdit plus clairement la publication, l’annonce et le commentaire de sondages.

La restriction contestée réduit au minimum les risques de publication et de diffusion de résultats de sondages trompeurs au moment décisif, soit le jour du scrutin, ou tout juste avant celui-ci, en accordant tout juste assez de temps (environ 72 heures) — soit du vendredi précédant le jour du scrutin jusqu’à la fermeture des bureaux de scrutin le jour de l’élection — pour recueillir toute information méthodologique non divulguée, évaluer les résultats des sondages, discuter cette évaluation, critiquer les analyses et communiquer les résultats des discussions à l’électorat. Ce délai est très court, surtout pour faire l’analyse d’un sondage pancanadien et la diffuser, compte tenu du temps consacré au vote et des restrictions en matière de radiodiffusion et de publicité applicables le jour du scrutin et le jour qui le précède.

L’Étude Lachapelle proposait une période de 72 heures, alors que la Commission Lortie recomman-

sor Lachapelle submitted, at p. 157 of his study, that:

The 72-hour blackout suggested here would put print and broadcast journalists on the same footing and would respond to a long-standing grievance among broadcast journalists that they face more restrictions than their print colleagues. The legislator could envisage eliminating the 48-hour rule entirely, but such a route might jeopardize a relative consensus on the need to limit all partisan information at the end of a campaign. A supplementary 24 hours would enable citizens to exercise their moral right to reply, which would encourage public discussion, especially when it is a matter of deciding who will govern us for the next few years. Broadcasters and citizens should, therefore, draw dividends from this measure.

The 48-hour rule mentioned by Professor Lachapelle refers to s. 213(1) of the *Canada Elections Act* which provides that:

213. (1) Any person is guilty of an offence who, for the purpose of promoting or opposing a particular registered party or the election of a particular candidate, directly or indirectly,

(a) . . . the one day immediately preceding polling day or on polling day, advertises on the facilities of any broadcasting undertaking; or

(b) procures for publication or acquiesces in the publication, . . . on the one day preceding polling day or on polling day of an advertisement in a periodical publication.

In *Irwin Toy, supra*, at issue was the determination of the upper age limit for the protection of children from advertising. This Court held that the legislature was not obliged to confine itself solely to protecting the most clearly vulnerable group. It was only required to exercise reasonable judgment in specifying the vulnerable group. The Court quoted Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 781-82:

I might add that I do not believe there is any magic in the number seven as distinct from, say, five, ten, or fifteen employees as the cut-off point for eligibility for the

measured by a period of 48 hours. The professor Lachapelle writes, at p. 181 of his study:

Une période de restriction totale de soixante-douze heures ne fera que corriger une situation législative anormale qui place les radiodiffuseurs et les diffuseurs dans des catégories différentes, et répondre aux historiques demandes des journalistes des médias électroniques qui affirment être davantage réglementés que leurs collègues de la presse écrite. Le législateur pourrait envisager d'éliminer complètement la règle du quarante-huit heures, mais une telle avenue pourrait remettre en cause un certain consensus sur la nécessité de limiter l'information partisane en fin de campagne. Une période de vingt-quatre heures supplémentaires permettrait aux citoyens et citoyennes d'exercer un droit de réplique qui ne peut que favoriser la discussion publique, surtout lorsqu'il s'agit de décider qui gouvernera le pays pour les prochaines années. Diffuseurs et citoyens devraient donc retirer les dividendes de cette mesure.

La règle des 48 heures mentionnée par le professeur Lachapelle est celle prévue au par. 213(1) de la *Loi électorale du Canada*, qui se lit:

213. (1) Est coupable d'une infraction quiconque, dans le but de favoriser ou de contrecarrer, directement ou indirectement, un parti enregistré en particulier ou l'élection d'un candidat en particulier:

a) soit, [. . .] la veille du scrutin ou le jour du scrutin, fait de la publicité en utilisant les installations d'une entreprise de radiodiffusion;

b) soit, fait obtenir [. . .], la veille du scrutin ou le jour du scrutin, la publication d'une annonce dans une publication périodique, ou y consent.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, la question en litige était de déterminer jusqu'à quel âge les enfants devaient être protégés contre la publicité. Notre Cour a conclu que le législateur n'était pas tenu de se contenter de protéger uniquement le groupe le plus manifestement vulnérable. Il était seulement tenu d'exercer de façon raisonnable son jugement dans la définition du groupe vulnérable. La Cour a cité les propos du juge en chef Dickson dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 781 et 782:

J'ajouterais que je ne vois rien de magique dans le choix du chiffre sept plutôt que, disons, cinq, dix ou quinze employés comme étant le nombre limite pour

exemption. In balancing the interests of retail employees to a holiday in common with their family and friends against the s. 2(a) interests of those affected the Legislature engaged in the process envisaged by s. 1 of the *Charter*. A “reasonable limit” is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line. [Emphasis added.]

Based upon the current legislation, the reports and the studies available, Parliament reasonably determined, as it was entitled to do, that a 72-hour period was necessary to allow meaningful scrutiny of poll results during an election campaign.

Furthermore, the limitation period only affects one mode of expression: opinion poll results respecting how electors will vote at an election or respecting an election issue that would permit the identification of a political party or candidate. This mode of expression is not a primary source of information concerning relevant political facts. It mainly constitutes information as to the effect of relevant political information on potential voters. Candidates and political parties, through the media, are still allowed to disseminate their program across the electorate and to carry on their campaign, within the other limits prescribed by the *Canada Elections Act*, which are not currently at issue.

Many elements of information can factor into influencing voters: statistics, financial information, speeches, news, etc. When Parliament identifies one matter of concern, it has no absolute duty to identify and regulate each and every factor. It is entitled to determine the urgency of addressing a particular problem and the appropriate means of doing so. As La Forest J. put it for the majority in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 317-18:

être admissible à l'exemption. En évaluant les intérêts qu'ont les salariés du commerce de détail à bénéficier d'un jour commun de congé avec leurs familles et leurs amis par rapport aux droits que possèdent les personnes touchées en vertu de l'al. 2a), le législateur s'est engagé dans le processus envisagé par l'article premier de la *Charte*. Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation. [Je souligne.]

Se fondant sur la législation qui existait ainsi que sur les rapports et études disponibles, le Parlement a décidé, comme il avait le droit de le faire, qu'une période de 72 heures était nécessaire pour permettre un examen utile de l'ensemble des résultats de sondages dévoilés durant une campagne électorale.

En outre, la période d'interdiction ne touche qu'un seul mode d'expression: les résultats de sondages d'opinion sur les intentions de vote des électeurs ou sur une question électorale qui permettrait d'identifier un parti politique ou un candidat. Ce mode d'expression n'est pas une source primaire d'information sur les faits politiques pertinents. Il constitue principalement une source d'information sur l'effet de renseignements politiques pertinents sur les électeurs. Les candidats et les partis politiques, par l'entremise des médias, continuent d'être autorisés à diffuser leur programme parmi l'électorat et à poursuivre leur campagne, dans le respect des autres limites prévues par la *Loi électorale du Canada*, lesquelles ne sont pas en cause dans le présent pourvoi.

Bon nombre d'éléments d'information peuvent contribuer à influencer les électeurs: notamment les statistiques, l'information financière, les discours et les nouvelles. Lorsqu'il décèle un sujet de préoccupation, le Parlement n'a pas l'obligation absolue de relever et de régler chacun des facteurs en cause. Il a le droit de décider s'il est urgent de s'attaquer à un problème particulier et de choisir les moyens appropriés de le faire. Comme l'a dit le juge La Forest, au nom de la majorité, dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 317 et 318:

52

53

In looking at this type of issue, it is important to remember that a Legislature should not be obliged to deal with all aspects of a problem at once. It must surely be permitted to take incremental measures. . . . This Court has had occasion to advert to possibilities of this kind. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.* [[1986] 2 S.C.R. 713], Dickson C.J., there dealing with the regulation of business and industry, had this to say, at p. 772:

I might add that in regulating industry or business it is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or to constituencies that seem especially needy. In this context, I agree with the opinion expressed by the United States Supreme Court in *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), at p. 489:

Evils in the same field may be of different dimensions and proportions, requiring different remedies. Or so the legislature may think. . . . Or the reform may take one step at a time, addressing itself to the phase of the problem which seems most acute to the legislative mind. . . . The legislature may select one phase of one field and apply a remedy there, neglecting the others. [Emphasis added.]

Both the motions judge and the Court of Appeal held that inaccurate polls at the end of an election campaign constitute a reasonable concern. The respondent has not to show that this concern is more serious or is causing more harm to the electoral process or to individual voters than any other potentially misleading information. There is no such standard under the *Charter*. Holding so would have the effect of transforming the *Charter* into an impediment to social progress. As Somers J. found, studies and reports, as well as bills in the House of Commons, and legislation in other democratic countries support Parliament's reasonable finding that the concern at bar was serious.

Dans l'examen de ce genre de questions, il est important de se rappeler qu'un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois. Il doit certainement pouvoir adopter des mesures progressives. [. . .] Notre Cour a eu l'occasion de discuter de possibilités de ce genre. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.* [[1986] 2 R.C.S. 713], le juge en chef Dickson, traitant de la réglementation du commerce et de l'industrie, dit, à la p. 772:

Je pourrais ajouter qu'en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire. À cet égard, je partage l'opinion exprimée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), à la p. 489:

[TRADUCTION] Les maux que l'on trouve dans un même domaine peuvent avoir des dimensions et des proportions différentes, et exiger des redressements différents. Du moins, le législateur peut le croire. . . . Ou la réforme peut se faire étape par étape, en ne s'attaquant qu'à la phase du problème que le législateur estime la plus critique. . . . Le législateur peut sélectionner une phase dans un domaine et y apporter un redressement, tout en négligeant les autres. [Je souligne.]

Tant le juge des requêtes que la Cour d'appel ont décidé que la publication de sondages inexacts en fin de campagne électorale constituait une préoccupation raisonnable. L'intimé n'a pas à établir que cette préoccupation est plus sérieuse ou cause davantage préjudice au processus électoral ou aux électeurs que toute autre information susceptible d'induire en erreur. Il n'existe aucune norme de la sorte dans l'application de la *Charte*. Conclure ainsi aurait pour effet de faire de la *Charte* un obstacle au progrès social. Comme a conclu le juge Somers, plusieurs études et rapports, ainsi que les projets de loi déposés devant la Chambre des communes et les mesures législatives en vigueur dans d'autres pays démocratiques appuient la conclusion raisonnable du Parlement qu'il y avait là motif sérieux d'inquiétude.

54 My colleague asserts, at paras. 112 and 113, that:

Mon collègue affirme, aux par. 112 et 113, que:

In this case, however, the social science evidence did not establish that the Canadian voter is a vulnerable group relative to pollsters and the media who publish polls. The presumption in this Court should be that the Canadian voter is a rational actor who can learn from experience and make independent judgments about the value of particular sources of electoral information. . . . However, no evidence has been presented before this Court that voters have suffered from any misapprehensions regarding the accuracy of any single poll. Indeed, the fact that polls conducted contemporaneously yield differing results, or that poll results can fluctuate dramatically over time, suggests that voters have experience with the shortcomings of some polls. . . . Voters are constantly exposed to opinion poll results throughout the election and a single inaccurate poll result is likely to be spotted and discounted appropriately.

. . . What I have said in the previous paragraph suggests, as a matter of logic, that there is reason to believe that, notwithstanding the scientific “aura” of polls, the Canadian voter is likely to be aware of a seriously inaccurate poll. Indeed, the more serious the inaccuracy, the more likely the awareness of the error. [Emphasis added.]

With respect, I must differ for two reasons. While voters may be credited with some knowledge of the reliability of poll results generally, surely it is legitimate for Parliament to provide them with an opportunity of distinguishing “poor” from “good” polls. As I mentioned earlier, it is concern as to the prevalence of the publication of “poor” polls which has prompted the legislation. An opportunity to analyse, discuss and criticize published poll results is required in all cases, be it by any individual voter or more likely by analysts and others, in sufficient time for a public airing of diverse opinions. In addition, while my colleague acknowledges the pressing and substantial legislative objective and its rational connection to the impugned measure, he apparently finds the evidence submitted by the government insufficiently specific and conclusive to justify the impairment. The effect of potentially inaccurate opinion poll results must be measured having regard to the effect of opinion poll results generally. Reasoning based on the belief that voters will show discern-

En l'espèce, toutefois, la preuve fondée sur les sciences sociales n'a pas établi que les électeurs canadiens forment un groupe vulnérable par rapport aux sondeurs et aux médias qui publient les sondages. Notre Cour doit présumer que l'électeur canadien est un être rationnel, capable de tirer des leçons de son expérience et de juger de façon indépendante de la valeur de certaines sources d'information électorale. [. . .] Toutefois, il n'a été présenté à la Cour aucun élément de preuve établissant que les électeurs ont été victimes de méprise quant à l'exactitude d'un sondage. En effet, le fait que des sondages effectués simultanément produisent des résultats différents ou que les résultats des sondages peuvent fluctuer radicalement dans le temps permet de supposer que les électeurs connaissent les imperfections des sondages. [. . .] Les électeurs sont constamment bombardés de sondages pendant toute la campagne, et il est probable qu'un sondage aux résultats inexacts sera repéré et écarté comme il se doit.

. . . Les observations que j'ai formulées au paragraphe précédent suggèrent, d'un point de vue logique, qu'il y a des raisons de croire que, malgré l'«aura» de caractère scientifique des sondages, il est probable que les électeurs canadiens se rendent compte que les résultats d'un sondage sont sérieusement inexacts. À vrai dire, plus l'inexactitude est grande, plus il y a de chances que les électeurs en soient conscients. [Je souligne.]

Avec égards, je dois exprimer mon désaccord et ce pour deux raisons. Même si on peut reconnaître aux électeurs certaines connaissances sur la fiabilité des résultats de sondages, de façon générale, il est bien sûr légitime pour le Parlement de leur donner la possibilité de distinguer les «bons» sondages des «mauvais». Comme je l'ai dit précédemment, c'est l'inquiétude découlant de la publication fréquente de «mauvais» sondages qui a incité à l'adoption de la disposition législative en cause. Dans tous les cas, il faut que les électeurs ou plus vraisemblablement les analystes et d'autres personnes intéressées aient la possibilité d'analyser, de discuter et de critiquer les résultats des sondages, et qu'ils disposent à cette fin d'un délai suffisant pour que les divers points de vue puissent être rendus publics. En outre, bien que mon collègue reconnaisse l'existence de l'objectif urgent et réel et son lien rationnel avec la mesure contestée, il juge apparemment la preuve soumise par le gouvernement insuffisamment précise et concluante pour justifier l'atteinte. L'effet de résultats de son-

ment in their reliance on polls and that only some voters are influenced does not belie nor answer the fact that the influence of polls both on the choice of voters and on the conduct of electoral campaigns is significant.

55 My colleague also asserts, at para. 117:

The Canadian voter is not a historically vulnerable or disadvantaged group. Nor, as has been explained above, is the autonomy or dignity of any single group under attack from, or even facing the contrary interests of, another potentially more powerful group. Nor can it be said that there is a shared understanding amongst Canadians that a single inaccurate poll will mislead Canadians to an extent which . . . is “undue”. I am, therefore, unable to accept that the harm which the government is seeking to prevent affects a large number of voters, or that such possible distortions are significant to the conduct of an election, without more specific and conclusive evidence to that effect. [Emphasis added.]

56 With respect, everyone is vulnerable to misinformation which cannot be verified. As I have pointed out, a multiplicity of potentially inaccurate polls offers little protection to the public. Our democracy, and its electoral process, finds its strength in the vote of each and every citizen. Each citizen, no matter how politically knowledgeable one may be, has his or her own reasons to vote for a particular candidate and the value of any of these reasons should not be undermined by misinformation.

57 The findings of the Lortie Commission in its Final Report (at p. 457) bear repeating:

Although the industry in general has become highly professional since public polling was introduced in Canada in 1941, the incidence of technically deficient and poorly reported polls is still substantial. In recent

dage potentiellement inexacts doit être mesuré en tenant compte de l'effet des résultats des sondages en général. Le fait de raisonner que les électeurs vont, croit-on, faire montre de discernement avant de se fier aux sondages, et que seulement certains électeurs sont influencés par les sondages ne contredit ni ne réfute le fait que les sondages ont une influence importante sur le choix des électeurs et sur le déroulement des campagnes électorales.

Mon collègue affirme également ce qui suit, au par. 117:

Les électeurs canadiens ne constituent pas, historiquement, un groupe vulnérable ou défavorisé. Pas plus d'ailleurs, comme il a été expliqué précédemment, que l'autonomie ou la dignité de quelque groupe que ce soit n'est attaquée par un autre groupe potentiellement plus puissant, ni même confrontée aux intérêts opposés d'un tel groupe. En outre, il est impossible d'affirmer qu'il existe, au sein de la population canadienne, une perception commune voulant qu'un seul sondage inexact puisse tromper les Canadiens dans une mesure qui [. . .] est «indue». Je ne puis donc accepter que le préjudice que le gouvernement cherche à prévenir affecte un grand nombre d'électeurs ou que de telles déformations potentielles de la réalité ont une influence importante sur le déroulement des élections, sans disposer de preuves plus précises et concluantes à cet effet. [Je souligne.]

Avec égards, chacun est vulnérable à une mauvaise information qui ne peut être vérifiée. Comme je l'ai souligné, une multiplicité de sondages potentiellement inexacts offre peu de protection au public. Notre démocratie — et son processus électoral — tire sa force du vote de chacun des citoyens. Chaque citoyen, quel que soit son degré de connaissance de la politique, a ses raisons bien à lui de voter pour un candidat donné, et la valeur de ces raisons ne doit pas être amoindrie par une mauvaise information.

Il vaut de répéter les conclusions suivantes formulées par la Commission Lortie dans son Rapport final (à la p. 475):

Bien que l'industrie du sondage en général ait atteint un haut niveau de professionnalisme depuis l'apparition des sondages d'opinion au Canada en 1941, le nombre d'enquêtes techniquement déficientes et mal présentées

elections, there have been instances of misleading polls, some because of technical errors and others because of partisan misrepresentation. There have even been allegations of fraudulent polls, where the data were said to have been fabricated to counter a poll showing the opposition in the lead. Such "bogus" polls and the more common misrepresented poll have been released to the media in many democracies. (Cantril 1991, 67; Worcester 1991, 199; Hoy 1989, 189-202) It is the willingness of the media to report such polls that makes them significant and troublesome. [Emphasis added.]

In other words, opinion poll results have a significant influence. They are subject to error, misrepresentation and open to manipulation. Elections, by their very nature, are a battleground for diverging interests, each striving for the favour of electors. Polls are one instrument in the armoury of the contestants. The intense conflicts of interest in an election are an inducement to manipulation. Parliament, acting on the conclusions of extensive studies and research after consideration over many years and in response to a broad public concern with the benefit of the background experience of its own members, has chosen to enact a modest measure of protection of voters against factual misinformation.

(c) Proportionate Effects

In *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889, Lamer C.J. rephrased the third part of the *Oakes* test of proportionality:

... there must be a proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and there must be a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures. [Emphasis in original.]

The salutary effect of s. 322.1 is to promote the right of voters not to be misled in the exercise of their right to vote. At the end of an election campaign, opinion poll results have the potential to irreparably mislead voters, particularly strategic

demeure important. Certains sondages publiés à l'occasion d'élections récentes étaient entachés d'erreurs techniques, et d'autres étaient présentés de façon partielle. On a même signalé des sondages carrément frauduleux, dont les données auraient été fabriquées de toutes pièces pour contrer un sondage plaçant l'adversaire en tête. Les médias de maints pays démocratiques ont publié de tels sondages «bidon» et, de façon plus courante, des sondages présentés de manière trompeuse (Cantril 1991, 67; Worcester 1991, 199; Hoy 1989, 189-202). En fait, ces «sondages» posent un problème dans la mesure où les médias sont prêts à les diffuser. [Je souligne.]

En d'autres mots, les résultats des sondages d'opinion ont une influence importante. Ils peuvent être l'objet d'erreurs, de fausses représentations ou de manipulation. De par leur nature même, les élections sont le champ de bataille où s'affrontent des intérêts divergents, qui luttent pour s'attirer la faveur des électeurs. Les sondages sont un instrument dans l'arsenal des concurrents. Les intenses chocs d'intérêts qui se produisent durant une élection sont autant d'incitations à la manipulation. Au terme de nombreuses années de réflexion, le Parlement, répondant à une préoccupation largement répandue dans le public, donnant suite aux conclusions de longues études et recherches et profitant de l'expérience en la matière de ses propres membres, a choisi d'édicter une mesure modeste, qui vise à protéger les électeurs contre la mauvaise information factuelle.

c) La proportionnalité des effets

Dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 889, le juge en chef Lamer a reformulé la troisième étape du volet de la proportionnalité du critère établi dans l'arrêt *Oakes*:

... il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques. [Souligné dans l'original.]

L'effet bénéfique de l'art. 322.1 est qu'il favorise le droit des électeurs de ne pas être induits en erreur lorsqu'ils exercent leur droit de vote. Les résultats de sondages d'opinion diffusés en fin de campagne électorale peuvent induire les électeurs

58

59

60

voters, because of the purportedly scientific, reliable nature of most opinion poll results. The deleterious effect of the measure is that s. 322.1 deprives some voters, who rely on polls to make their decision, of some late campaign opinion poll results. This deleterious effect is quite limited, when one considers the delay between conducting the poll and ultimately publishing its results. In fact, what is prohibited is the publication of results of polls conducted at best three days or more before polling day, as against polls conducted five or more days before polling day. And as we can see from Table 1.11 of the Lachapelle Study, *supra*, at pp. 113-15, a polling organization could take up to seven days to interview their respondents for a cross-Canada survey. This tends to detract from both the accuracy and the timeliness of the "snapshot". As I pointed out earlier, a strategic voter cannot cast a significant vote if the information required to exercise that vote is not discussed and scrutinized in order to assess its real value. Poll results which cannot be assessed in a timely manner may actually deprive voters of the effective exercise of their franchise.

en erreur de façon irrémédiable, particulièrement ceux qui votent de manière stratégique, étant donné que la plupart des sondages se veulent scientifiques et fiables. L'effet préjudiciable de l'art. 322.1 est qu'il prive des électeurs qui se fondent sur les sondages pour prendre leur décision des résultats de certains sondages d'opinion effectués tard dans les campagnes électorales. Or, cet effet préjudiciable est très limité, si l'on tient compte du délai entre la réalisation du sondage et la publication de ses résultats. En fait, ce qui est interdit c'est la publication des résultats de sondages effectués au mieux trois ou quatre jours avant la date du scrutin, par opposition à la publication de résultats de sondages effectués au moins cinq jours avant l'élection. Comme nous pouvons le constater à la lecture du Tableau 1.11 qui figure aux pp. 130 à 132 de l'Étude Lachapelle, *op. cit.*, une maison de sondage met parfois jusqu'à sept jours pour faire les entrevues avec les répondants dans le cadre d'un sondage pancanadien. Ce fait tend à réduire l'exactitude et à l'à-propos de «l'image éclair». Comme je l'ai déjà souligné, la personne qui désire voter stratégiquement ne peut pas le faire de façon utile si l'information requise à cette fin n'est pas examinée minutieusement et discutée afin d'en évaluer la valeur réelle. Les résultats de sondages qui ne peuvent être évalués en temps utile peuvent, dans les faits, avoir pour effet d'empêcher les électeurs d'exercer leur droit de vote de façon effective.

61

As to the effects of the measure on freedom of expression, on the one hand, s. 322.1 precludes the media from publishing polls on the last weekend of the election campaign and on polling day. This ban causes minimal impairment to freedom of expression because of its very short duration and because of the lack of satisfactory alternatives available to tailor the measure to the legislative objective. On the other hand, s. 322.1 has a positive impact on freedom of expression. It promotes debate and truth in political discussion since it gives voters the opportunity to be informed about the existence of misleading factual information. The salutary effects of the measure concerning both the right to vote and freedom of expression

Pour ce qui est des effets de la mesure sur la liberté d'expression, d'une part, l'art. 322.1 empêche les médias de publier des résultats de sondages pendant le dernier week-end de la campagne électorale ainsi que le jour du scrutin. En raison de sa très courte durée et de l'absence de solutions de rechange permettant d'adapter la mesure à l'objectif de la loi, cette interdiction porte atteinte de façon minimale à la liberté d'expression. D'autre part, l'art. 322.1 a un effet positif sur la liberté d'expression. En effet, il favorise l'échange des idées et l'émergence de la vérité dans les discussions politiques puisqu'il permet aux électeurs d'être informés de l'existence de renseignements factuels trompeurs. Les effets bénéfiques qu'a la

thus outweigh the deleterious effects caused by the impugned provision.

III. Conclusion

I therefore find that s. 322.1 of the *Canada Elections Act* does not infringe the right to vote as guaranteed under s. 3 of the *Charter* and that, while it restricts freedom of expression within the meaning of s. 2(b) of the *Charter*, it constitutes a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter* and hence does not violate the *Charter*.

IV. Disposition

For the above reasons, I would answer the constitutional questions posed by Lamer C.J. as follows:

1. Does s. 322.1 of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, as amended, infringe s. 2(b) and/or s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Section 322.1 of the *Canada Elections Act* does not infringe s. 3 of the *Charter* but infringes s. 2(b) of the *Charter*.

2. If s. 322.1 of the *Canada Elections Act* infringes s. 2(b) and/or s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 322.1 a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: The infringement of s. 2(b) of the *Charter* by s. 322.1 is a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Charter*.

I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

disposition contestée à la fois sur le droit de vote et sur la liberté d'expression l'emportent donc sur ses effets préjudiciables.

III. La conclusion

Je conclus donc que l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* ne porte pas atteinte au droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte* et que, même s'il restreint la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*, il constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*, et que, de ce fait, il ne viole pas celle-ci.

IV. Le dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles énoncées par le juge en chef Lamer:

1. L'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, et ses modifications, contrevient-il à l'al. 2b) ou à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou aux deux à la fois?

Réponse: L'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada* ne porte pas atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, mais contrevient à l'al. 2b) de ce texte.

2. Si l'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada* contrevient à l'al. 2b) ou à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou aux deux à la fois, constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: L'atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* par l'art. 322.1 est une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte*.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

62

63

64

The judgment of Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache rendu par

65 BASTARACHE J. — This appeal concerns the constitutional validity of s. 322.1 of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, which prohibits the broadcasting, publication, or dissemination of opinion survey results in the final days of a federal election campaign. More specifically, the provision is challenged in light of freedom of expression and the right to vote as protected by ss. 2(b) and 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

LE JUGE BASTARACHE — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, qui interdit d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de voter au cours des derniers jours des campagnes électorales fédérales. Plus précisément, la disposition est contestée sur le fondement de la liberté d'expression et du droit de vote protégés respectivement par l'al. 2b) et l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

I. Factual Background

I. Les faits

66 The appellants Thomson Newspapers Company Limited and Southam Inc. brought an application under rule 14.05(3)(g.1) of the Ontario Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, for the following relief:

Les appelantes Thomson Newspapers Company Limited et Southam Inc. ont présenté, en application de l'al. 14.05(3)g.1) des Règles de procédure civile de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, une requête sollicitant les mesures de redressement suivantes:

(a) a declaration that s. 322.1 of the *Canada Elections Act* is of no force and effect in that it violates ss. 2(b) and 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not justified under s. 1; and

a) une déclaration portant que l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* est inopérant parce qu'il viole l'al. 2b) et l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il n'est pas justifié au sens de l'article premier;

(b) a declaration directing that no proceedings may be brought under s. 322.1 pursuant to s. 126 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, or any other statute or law.

b) une déclaration portant qu'aucune procédure pour contravention à l'art. 322.1 ne peut être engagée sur le fondement de l'art. 126 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ou de toute autre loi ou règle de droit.

67 On May 15, 1995, Somers J. of the Ontario Court (General Division) denied the appellants' application on the basis that the impugned provision, although violating freedom of expression, was nonetheless justified under s. 1 of the *Charter*. Somers J. found no violation of the right to vote. On August 19, 1996, the Ontario Court of Appeal (Catzman, Carthy and Charron JJ.A.) dismissed the appeal and agreed with Somers J. that the right to vote had not been violated and the infringement of freedom of expression was justified.

Le 15 mai 1995, le juge Somers de la Cour de l'Ontario (Division générale) a rejeté la requête des appelantes pour le motif que, même si la disposition contestée portait atteinte à la liberté d'expression, elle était néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Il a conclu à l'absence de violation du droit de vote. Le 19 août 1996, la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Catzman, Carthy et Charron) a rejeté l'appel et statué, à l'instar du juge Somers, que le droit de vote n'avait pas été violé et que l'atteinte à la liberté d'expression était justifiée.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

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.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2

255. The Chief Electoral Officer shall appoint a Commissioner of Canada Elections, in this Act referred to as the "Commissioner", whose duties, under the general supervision of the Chief Electoral Officer, shall be to ensure that the provisions of this Act are complied with and enforced.

256. (1) No prosecution for an offence under this Act or for an offence under section 126 of the *Criminal Code* in relation to anything that this Act forbids or requires to be done shall be instituted except with the prior consent in writing of the Commissioner.

322.1 No person shall broadcast, publish or disseminate the results of an opinion survey respecting how electors will vote at an election or respecting an election issue that would permit the identification of a political party or candidate from midnight the Friday before polling day until the close of all polling stations.

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

126. (1) Every one who, without lawful excuse, contravenes an Act of Parliament by wilfully doing anything that it forbids or by wilfully omitting to do anything that it requires to be done is, unless a punishment is expressly provided by law, guilty of an indictable

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

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.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2

255. Le directeur général des élections doit nommer un commissaire aux élections fédérales, appelé dans la présente loi le «commissaire», qui a pour fonctions, sous la surveillance générale du directeur général des élections, de veiller à ce que les dispositions de la présente loi soient respectées et appliquées.

256. (1) Le consentement écrit du commissaire aux élections fédérales doit être préalablement obtenu avant d'intenter toute poursuite pour une infraction à la présente loi ou pour une infraction prévue à l'article 126 du *Code criminel* relativement à une obligation ou une prohibition prévue à la présente loi.

322.1 Il est interdit d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats d'un sondage sur les intentions de vote des électeurs ou sur une question électorale qui permettrait d'identifier un parti politique ou un candidat entre minuit le vendredi qui précède le jour du scrutin et la fermeture de tous les bureaux de scrutin.

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

126. (1) À moins qu'une peine ne soit expressément prévue par la loi, quiconque, sans excuse légitime, contrevient à une loi fédérale en accomplissant volontairement une chose qu'elle défend ou en omettant volontairement de faire une chose qu'elle prescrit, est coupable

offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1995), 24 O.R. (3d) 109

69

In the course of a survey of the social science evidence concerning the nature of opinion polls, Somers J. found that they have a recognized impact on the electoral choice of individual voters. Although the precise extent of this impact was difficult to characterize, he also found that there was widespread concern amongst experts, the public and participants in the electoral process about the effect of opinion polls. This concern related to the influence of polls generally, as well as to the potential influence of inaccurate polls published late in an election campaign. Somers J. observed that there was disagreement in the evidence about the overall effect of polls on elections and that no consensus existed in favour of the ban imposed by s. 322.1. He considered the polling ban to be part of a wider package of restrictions in the *Canada Elections Act* whose general purpose was to ensure fair elections.

70

With respect to the scope of s. 322.1, Somers J. concluded that the polling ban does not cover internal communications between clients and pollsters, but is directed at the dissemination of poll results to the electorate. He also excluded from the scope of s. 322.1 “hamburger polls”, namely marketing ploys used to sell consumer goods which are matched with political parties or candidates. In Somers J.’s view, these polls are clearly not statistical representations of opinion in general, and therefore, do not qualify as “opinion surveys”. Finally, Somers J. considered whether s. 322.1 prohibits discussion of all poll results including results that were published prior to the commencement of the ban. He concluded, at p. 132, that it

d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de deux ans.

III. L’historique des procédures

A. *Cour de l’Ontario (Division générale)* (1995), 24 O.R. (3d) 109

Au cours de l’examen de la preuve fondée sur les sciences sociales concernant la nature des sondages d’opinion, le juge Somers a conclu que ceux-ci ont un effet reconnu sur les choix électoraux des individus. Même si l’étendue précise de cet effet était difficile à quantifier, il a également conclu à l’existence d’une préoccupation répandue au sein des experts, du public en général et des participants au processus électoral quant à l’effet des sondages d’opinion. Cette préoccupation concernait l’influence des sondages de façon générale ainsi que l’influence potentielle de sondages inexacts publiés tard dans les campagnes électorales. Le juge Somers a souligné que la preuve révélait l’existence d’un désaccord relativement à l’effet général des sondages sur les élections, et qu’il ne se dégageait aucun consensus en faveur de l’interdiction prévue à l’art. 322.1. Il a estimé que les restrictions touchant les sondages font partie d’un ensemble plus vaste de restrictions établies par la *Loi électorale du Canada* et dont l’objectif général est d’assurer l’équité du processus électoral.

Au sujet du champ d’application de l’art. 322.1, le juge Somers a conclu que l’interdiction frappant la publication des résultats des sondages ne vise pas les communications internes entre clients et sondeurs, mais plutôt la diffusion à l’électorat des résultats de ces sondages. Il a également exclu du champ d’application de l’art. 322.1 les [TRADUCTION] «votes au hamburger» («*hamburger polls*»), c’est-à-dire des trucs de marketing qui sont utilisés pour vendre des biens de consommation en les associant à des partis politiques ou à des candidats. De l’avis du juge Somers, ces enquêtes ne donnent manifestement pas une représentation statistique de l’opinion des électeurs en général et, de ce fait, ne peuvent pas être assimilées à des «sondages». Enfin, le juge Somers s’est demandé si l’art. 322.1 interdit l’analyse des résultats de tous les sondages,

would be absurd to prohibit discussion of these earlier polls:

One of the purposes of the legislation is to provide a response time to those who consider themselves victims of misleading polls. One of the most effective ways of responding is to refer to previous polls and show how the new poll is inconsistent with or less accurate than earlier polls. If such discussion of earlier polls is barred then the right to full response contemplated by Parliament is seriously weakened.

On the constitutional issues, Somers J. found, as the respondent conceded, that s. 322.1 infringed s. 2(b) of the *Charter*. Moreover, with regard to the type of expression at stake, Somers J. stated, at p. 135, that “even if polling is not, properly speaking, the political or partisan expression that is deemed most deserving of protection, it is by its very subject matter close to the core of s. 2(b)”. The right to vote contained in s. 3 of the *Charter* was found not to have been infringed. Somers J. wrote, at p. 137:

While the right to information gives substance to the right to vote, it remains ancillary to it. This means that under s. 3, the constitutional question is not directly whether the “right to information” was breached but whether a restriction placed on information has diminished or undermined the right to vote in a genuine election.

On the facts of this case, Somers J. concluded that the 72-hour polling ban was sufficiently short that it did not vitiate or truly undermine strategic voting based on poll results.

Somers J. found that s. 322.1 is a justifiable limit on freedom of expression under s. 1 of the *Charter*. He observed, at p. 142, that “even if

y compris ceux publiés avant le début de la période d’interdiction. Concluant, à la p. 132, qu’il serait absurde d’interdire l’analyse de sondages déjà réalisés, il a dit ceci:

[TRADUCTION] L’un des objectifs de la loi est d’accorder un temps de réplique aux personnes qui s’estiment victimes de sondages trompeurs. L’un des moyens de réplique les plus efficaces est de faire état de sondages antérieurs et de montrer en quoi le nouveau sondage est incompatible avec les précédents ou moins précis qu’eux. Si l’analyse des sondages antérieurs est interdite, alors le droit de réplique envisagé par le législateur est sérieusement affaibli.

En ce qui concerne les questions constitutionnelles, le juge Somers a statué — tout comme a concédé l’intimé — que l’art. 322.1 portait atteinte à l’al. 2b) de la *Charte*. En outre, pour ce qui est du type d’expression en cause, le juge Somers a déclaré, à la p. 135 que, [TRADUCTION] «même si le sondage n’est pas, à strictement parler, la forme d’expression politique ou partisane considérée la plus digne de protection, cette activité est néanmoins, de par son objet même, étroitement rattachée aux valeurs fondamentales protégées à l’al. 2b)». Il a été jugé que le droit de vote prévu à l’art. 3 de la *Charte* n’avait pas été violé. Le juge Somers a dit ce qui suit, à la p. 137:

[TRADUCTION] Même si le droit à l’information donne corps au droit de vote, il lui demeure néanmoins accessoire. Cela signifie que la question constitutionnelle que soulève l’art. 3 ne consiste pas directement à se demander si le «droit à l’information» a été violé, mais plutôt si la restriction de l’information a eu pour effet de limiter ou de compromettre le droit de voter dans une élection honnête.

À la lumière des faits de l’espèce, le juge Somers a conclu que la période de 72 heures pendant laquelle il est interdit de publier les résultats des sondages n’est pas assez longue pour gêner ou véritablement compromettre l’exercice du vote stratégique sur la foi des résultats en question.

Le juge Somers a statué que l’art. 322.1 est une limite justifiable apportée à la liberté d’expression au sens de l’article premier de la *Charte*. Il a sou-

social science evidence is found to be inconclusive, it is still possible to ground a pressing objective on evidence of extended public debate of an issue or by looking at the actions of other democracies". The widespread concern about the effects of polls and the presence of polling bans in other democratic countries was, in Somers J.'s view, strong evidence of a pressing objective. A rational connection between the publication of polls and harm to the electoral process was also found. Parliament was said to have a "reasoned apprehension of harm" in the present case, following the test applied in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452. In Somers J.'s opinion, this apprehension of harm was based on: (a) the sheer prevalence of poll results; (b) the public's awareness of poll results; (c) the failure to publish methodological information along with poll results; and (d) the potentially undue impact of polls published late in an election campaign. Further, Somers J. found that s. 322.1 minimally impairs freedom of expression and that alternative means — such as the mandatory publication of methodological information or measures designed to deter false polls — would be less effective. He added that these alternative measures would fail to adequately further one of Parliament's objectives: to give the voter a period of rest and reflection prior to the vote. Finally, Somers J. indicated that the present case is similar to the situation in *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, where Parliament had to balance the claims of competing groups and evaluate uncertain social science evidence. In Somers J.'s view, Parliament should be accorded a wide margin of flexibility in legislating in this area. The application was therefore dismissed with costs.

ligné, à la p. 142, que [TRADUCTION] «même si la preuve fondée sur les sciences sociales est jugée non concluante, il demeure possible d'étayer l'existence d'un objectif urgent en prouvant qu'une question fait l'objet d'un large débat public ou en examinant les mesures prises dans d'autres démocraties». L'existence d'une préoccupation répandue en ce qui concerne les effets des sondages ainsi que les interdictions de publication frappant ceux-ci dans d'autres pays démocratiques constituait, de l'avis du juge Somers, une preuve solide de l'existence d'un objectif urgent. Il a aussi conclu à l'existence d'un lien rationnel entre la publication des sondages et un préjudice causé au processus électoral. Il a affirmé que le législateur fédéral avait, dans le présent cas, une «appréhension raisonnée du préjudice», suivant le critère appliqué dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452. De l'avis du juge Somers, cette appréhension se fondait sur les éléments suivants: a) le simple fait de l'omniprésence des sondages; b) la connaissance par le public des résultats de ces sondages; c) l'omission de publier avec les sondages de l'information sur la méthodologie utilisée; d) l'effet potentiellement indu de la publication de sondages tard dans les campagnes électorales. En outre, le juge Somers a conclu que l'art. 322.1 constitue une atteinte minimale à la liberté d'expression et que les solutions de rechange proposées — par exemple la publication obligatoire de données sur la méthodologie utilisée ou des mesures visant à dissuader la publication de faux sondages — seraient moins efficaces. Il a précisé que ces solutions de rechange ne permettraient pas de favoriser adéquatement un des objectifs poursuivis par le législateur, savoir celui d'accorder aux électeurs une période de répit et de réflexion avant la tenue du scrutin. Enfin, le juge Somers a indiqué que le présent cas était assimilable à la situation en cause dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, où le législateur devait soupeser les droits de groupes ayant des intérêts opposés et évaluer des éléments de preuve incertains fondés sur les sciences sociales. Le juge Somers a dit être d'avis qu'il faut accorder au législateur une grande marge de manœuvre afin de légiférer sur ce domaine. La requête a donc été rejetée avec dépens.

B. *Ontario Court of Appeal* (1996), 30 O.R. (3d) 350

The Court of Appeal disagreed with Somers J. regarding the ambit of s. 322.1. It held that the phrase “opinion surveys” should be read broadly to include not only scientific surveys, but also phone-in or mail-in polls, and even less scientific methods of gathering information, such as exit and “hamburger” polls. The Court of Appeal also disagreed with Somers J.’s conclusion that the prohibition in s. 322.1 is limited to new survey results. In the Court of Appeal’s view, s. 322.1 applies to publication or discussion of all opinion survey results, whether in the public domain prior to the commencement of the ban or not. There was agreement, however, with Somers J.’s view that internal or private communications are not caught by s. 322.1.

On the constitutional issues, the Court of Appeal was in substantial agreement with the analysis of Somers J. As to the character of the harm addressed by the publication ban, the Court of Appeal described the purpose somewhat more narrowly, at p. 353:

There is, however, no empirical evidence as to the extent or nature of the influence of opinion polls upon the voter, nor can it be said with certainty that the impact of opinion polls is undue. The real concern is that when opinion surveys are published as bare results, without methodological information, they have the potential to be deceiving, and even with such information they may require a response to explain their true significance.

The court found, at p. 359:

It is surely a substantial and pressing objective to respond to widespread perceptions that opinion surveys can be distorting and that response time is needed to avoid that danger, all in aid of creating a level playing

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (1997), 30 O.R. (3d) 350

La Cour d’appel a exprimé son désaccord avec le juge Somers relativement au champ d’application de l’art. 322.1. Elle a statué qu’il faut interpréter de manière large l’expression «sondages» et considérer qu’elle vise non seulement les sondages scientifiques, mais aussi les sondages téléphoniques ou postaux, et même les méthodes de cueillette d’information encore moins scientifiques, tels les sondages effectués à la sortie des bureaux de scrutin et les «votes au hamburger». La Cour d’appel a également exprimé son désaccord avec la conclusion du juge Somers selon laquelle l’interdiction prévue à l’art. 322.1 se limite aux résultats de nouveaux sondages. De l’avis de la Cour d’appel, cette disposition s’applique aux résultats de tous les sondages, qu’ils soient ou non dans le domaine public avant l’entrée en vigueur de l’interdiction. Elle a toutefois souscrit à l’opinion du juge Somers que les communications internes ou privées échappent à l’application de l’art. 322.1.

Pour ce qui est des questions constitutionnelles, la Cour d’appel a été d’accord dans l’ensemble avec l’analyse du juge Somers. Quant à la nature du préjudice visé par l’interdiction de publication, la Cour d’appel a décrit l’objet de cette mesure de façon relativement plus étroite, à la p. 353:

[TRADUCTION] Il n’existe cependant aucune preuve empirique concernant l’étendue ou la nature de l’influence qu’exercent sur les électeurs les sondages d’opinion, et il n’est pas non plus possible d’affirmer avec certitude que ces sondages ont un effet indu. La véritable inquiétude est le fait que, lorsque les sondages publiés ne font état que des résultats bruts, sans aucune donnée sur la méthodologie utilisée, ils peuvent induire en erreur, et que même lorsque de telles données sont fournies, une réplique peut être nécessaire pour expliquer leur sens véritable.

La Cour d’appel a tiré la conclusion suivante, à la p. 359:

[TRADUCTION] Constitue certes un objectif urgent et réel le fait de tenir compte de la perception répandue que les sondages d’opinion peuvent déformer la réalité et qu’un temps de réplique est nécessaire pour parer à ce danger,

73

74

75

field at that critical point in the electoral process when the candidates are about to be selected.

76

The Court of Appeal also agreed with Somers J. that the ban on opinion survey results does not violate the right to vote under s. 3 of the *Charter*. The court held, at p. 358:

We accept that, as a general principle, the right to cast an informed ballot carries with it the right to information necessary to permit electors to vote rationally and in an informed manner. . . . The right to cast an informed ballot does not, in our view, elevate the provision of a snapshot of the mood of the electorate at a particular time to the level of a constitutional entitlement during the last three days of an election campaign.

77

The Court of Appeal found the infringement of the freedom of expression to be justified under s. 1 of the *Charter*. The court stated, at p. 360:

There was serious controversy on a social scientific subject as to the effect of polls upon the electorate, combined with the manifest fact that the publication of bare results does not tell the whole story and thus may well be misleading. This constitutes a reasonable apprehension of harm and the rational connection is then further exhibited by directing the legislation to the final three days of the election.

Even the broader interpretation of s. 322.1 favoured by the Court of Appeal was found to pass the minimal impairment analysis. In the result, the appeal was dismissed with costs.

IV. Issues

78

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on March 27, 1997:

1. Does s. 322.1 of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, as amended, infringe s. 2(b) and/or s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 322.1 of the *Canada Elections Act* infringes s. 2(b) and/or s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 322.1 a reasonable limit pre-

tout cela afin de favoriser l'égalité des chances à cette étape cruciale du processus électoral où on est sur le point de choisir parmi les divers candidats.

La Cour d'appel a également convenu avec le juge Somers que l'interdiction frappant les résultats de sondages ne viole pas le droit de vote conféré par l'art. 3 de la *Charte*. Elle a statué ainsi, à la p. 358:

[TRADUCTION] Nous acceptons, en tant que principe général, que le droit des électeurs de voter de façon éclairée emporte celui d'obtenir l'information nécessaire pour leur permettre de le faire de manière rationnelle et éclairée. [. . .] Selon nous, le droit de voter de façon éclairée n'a pas pour effet d'ériger en garantie constitutionnelle la fourniture, au cours des trois derniers jours d'une campagne électorale, d'une image ponctuelle de l'humeur de l'électorat à un moment particulier.

La Cour d'appel a conclu que la violation de la liberté d'expression était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Elle a déclaré ce qui suit, à la p. 360:

[TRADUCTION] Il existait une sérieuse controverse sur un sujet touchant les sciences sociales, soit l'effet des sondages sur l'électorat, conjuguée au fait manifeste que la publication de données brutes ne brosse pas un tableau complet de la situation et peut donc fort bien induire en erreur. Cela constitue une appréhension raisonnable de préjudice, et l'existence d'un lien rationnel ressort en outre du fait que la disposition vise les trois derniers jours de la campagne électorale.

Même l'interprétation plus large de l'art. 322.1 favorisée par la Cour d'appel a été jugée acceptable suivant l'analyse de l'atteinte minimale. En conséquence l'appel a été rejeté avec dépens.

IV. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été énoncées par le Juge en chef le 27 mars 1997:

1. L'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, et ses modifications, contrevient-il à l'al. 2b) ou à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou aux deux à la fois?
2. Si l'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada* contrevient à l'al. 2b) ou à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou aux deux à la fois,

scribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. The Right to Vote

I find it necessary, at the outset of my analysis on the right to vote, to distinguish between the two *Charter* rights at issue in the present case. It is significant, for instance, that s. 3 of the *Charter*, which guarantees the citizen's right to vote, is not subject to override under s. 33 of the *Charter*. This means that a statutory provision which violates s. 3, and is not saved by s. 1, cannot be insulated from *Charter* review by Parliament or a provincial legislature. By contrast, s. 2(b) of the *Charter*, which protects free expression, is subject to override under s. 33. Even though the override power is rarely invoked, the fact that s. 3 is immune from such power clearly places it at the heart of our constitutional democracy.

Moreover, in cases where freedom of expression and the right to vote may overlap or come into conflict, it is necessary to find an appropriate balance between both sets of rights. Support for this conclusion may be found in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. In that decision, this Court considered the balance to be achieved between the right to a fair trial and freedom of expression, in the context of publication bans. Lamer C.J. wrote for the majority, at p. 877:

A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict, as can occur in the case of publication bans, *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Le droit de vote

J'estime nécessaire, en commençant l'analyse du droit de vote, d'établir une distinction entre les deux droits garantis par la *Charte* qui sont en jeu dans le présent cas. Par exemple, il est significatif que l'art. 3 de la *Charte*, qui garantit le droit de vote des citoyens, ne puisse faire l'objet d'une dérogation fondée sur l'art. 33 de la *Charte*. Il s'ensuit que ni le Parlement ni les législatures provinciales ne peuvent soustraire à un examen fondé sur la *Charte* une disposition législative qui viole l'art. 3 et dont la validité n'est pas sauvegardée par l'article premier. À l'opposé, il est possible, en vertu de l'art. 33, de déroger à l'al. 2b) de la *Charte*, qui garantit la liberté d'expression. Même si ce pouvoir de dérogation est rarement invoqué, le fait que l'art. 3 soit soustrait à son application fait clairement de cette disposition un des éléments centraux de notre démocratie constitutionnelle.

Qui plus est, dans les cas où il y a soit chevauchement de la liberté d'expression et du droit de vote soit conflit entre ces droits, il est nécessaire d'établir un équilibre approprié entre ces deux catégories de droits. Cette conclusion trouve appui dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Dans cet arrêt, notre Cour s'est interrogée, dans le contexte d'interdictions de publication, sur l'équilibre qui doit être établi entre le droit à un procès équitable et la liberté d'expression. Le juge en chef Lamer a dit ceci, au nom de la majorité, à la p. 877:

Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

In my view, these comments are equally applicable where the right to vote overlaps with the right to free expression. Each right is distinct and must be given effect.

81 It is noteworthy, as well, that the scope of s. 2(b), unlike the scope of s. 3, has been well canvassed by this Court. Most recently, the broad interpretation of the scope of s. 2(b) was affirmed in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569. There, the Court wrote, at para. 31: “Unless the expression is communicated in a manner that excludes the protection, such as violence, the Court recognizes that any activity or communication that conveys or attempts to convey meaning is covered by the guarantee of s. 2(b) of the Canadian Charter”.

82 Turning to s. 3, this Court has only dealt with the scope of the right to vote in limited contexts, namely electoral boundaries, the disqualification of inmates from voting, and voting in a referendum; see *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438; and *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995. This Court has not addressed the scope of s. 3 in the context of access to information during an election. In my view, it is not necessary to decide on the informational content of s. 3 in the context of this case. The purpose of s. 3 was stated clearly by McLachlin J. in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, *supra*, at p. 183, as the “right to ‘effective representation’”; see also *Haig*, *supra*, at p. 1031. Accordingly, to constitute an infringement of the right to vote, a restriction on information would have to undermine the guarantee of effective representation.

83 This position accords with the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Commission of Human Rights. Article 3 of the First Protocol to the European *Convention for the Protection of Human Rights and Funda-*

À mon avis, ces observations sont également applicables en cas de chevauchement du droit de vote et du droit à la liberté d’expression. Chacun de ces droits est un droit distinct et il faut lui donner effet.

De plus, il convient de signaler que le champ d’application de l’al. 2b), contrairement à celui de l’art. 3, a été examiné de manière approfondie par notre Cour. Tout récemment, l’interprétation large du champ d’application de l’al. 2b) a été confirmée dans *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569. Notre Cour y a dit ceci, au par. 31: «À moins que l’expression ne soit communiquée d’une manière qui exclut la protection, telle la violence, la Cour reconnaît que toute activité ou communication qui transmet ou tente de transmettre un message est comprise dans la garantie de l’al. 2b) de la Charte canadienne».

En ce qui concerne l’art. 3, la Cour ne s’est penchée sur la portée du droit de vote que dans des contextes limités, c’est-à-dire les circonscriptions électorales, l’inhabilité des détenus à voter et l’exercice du droit de vote dans le cadre d’un référendum; voir *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438; et *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995. Notre Cour n’a pas été appelée à examiner le champ d’application de l’art. 3 dans le contexte de l’accès à l’information pendant une campagne électorale. À mon avis, il n’est pas nécessaire, dans le cadre du présent pourvoi, de statuer sur l’aspect informationnel de l’art. 3. Dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, précité, à la p. 183, le juge McLachlin a clairement énoncé l’objet de cette disposition comme étant le «droit à une “représentation effective”»; voir également l’arrêt *Haig*, précité, à la p. 1031. Par conséquent, pour qu’il y ait violation du droit de vote, la limitation de l’information doit compromettre la garantie d’une représentation effective.

Ce point de vue est compatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et celle de la Commission européenne des droits de l’homme. Aux termes de l’art. 3 du Premier protocole à la *Convention de sauvegarde*

mental Freedoms, March 20, 1952, Europ. T.S. No. 9, provides that parties to the Convention “undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature”. The European Court has held that this provision guarantees the right to vote; see Eur. Court H.R., *Mathieu-Mohin and Clerfayt* case, judgment of 2 March 1987, Series A No. 113. However, neither the European Court nor the European Commission has equated the right to vote with a right to information *per se*. Rather, in *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, *supra*, the European Court equated the right to vote with the right to participate in the electoral process. This same principle was applied by the European Commission in *Bowman v. United Kingdom* (1996), 22 E.H.R.R. C.D. 13. In that case, the Commission considered legislation that restricted “single-issue” campaigning by individuals other than the electoral candidates. The applicant, who had been charged for distributing leaflets outlining the views of three electoral candidates on abortion, complained that her right to free expression had been violated. The Commission agreed and held that there was an unjustified violation of freedom of expression. With regard to the applicant’s right to vote, the Commission wrote, at p. CD18:

The Commission has had regard to whether the expression of opinion or information on “single issues” addressed by individuals or groups with strongly-held views may operate in particular constituencies so as to “distort” election results. It has previously considered in the context of Article 3 of the First Protocol . . . that one of the legitimate objectives of national electoral systems is to channel currents of thought so as to promote the emergence of a sufficiently clear and coherent political will. . . . The Government has not, however, produced any argument to the effect that “single issue” campaigning of the kind illustrated in the applicant’s case would distract voters from the political platforms which are the basis of national party campaigns to such a degree as would hinder the electoral process. [Emphasis added.]

des droits de l’homme et des libertés fondamentales, 20 mars 1952, S.T. Europ. n° 9, les parties à la Convention «s’engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l’opinion du peuple sur le choix du corps législatif». La Cour européenne a statué que cette disposition garantissait le droit de vote; voir Cour eur. D.H., affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113. Cependant, ni la Cour européenne ni la Commission européenne n’ont assimilé le droit de vote au droit à l’information en soi. Au contraire, dans l’affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précitée, la Cour européenne a assimilé le droit de vote au droit de participer au processus électoral. Le même principe a été appliqué par la Commission européenne dans la décision *Bowman c. United Kingdom* (1996), 22 E.H.R.R. C.D. 13. Dans cette affaire, la Commission a examiné une mesure législative qui limitait le droit des individus qui n’étaient pas candidats aux élections de faire campagne sur une «question unique». La demanderesse, qui avait été accusée d’avoir distribué des feuillets exposant la position de trois candidats sur la question de l’avortement, a prétendu que son droit à la liberté d’expression avait été violé. La Commission lui a donné raison et a conclu qu’il y avait eu atteinte injustifiée à la liberté d’expression. Voici ce qu’elle a dit au sujet du droit de vote de la demanderesse, à la p. CD18:

[TRADUCTION] La Commission s’est demandé si le fait que des particuliers ou des groupes aux idées bien arrêtées expriment une opinion ou donnent de l’information sur une «question unique» peut avoir pour effet de «fausser» le résultat du scrutin dans certaines circonscriptions. La Commission a déjà jugé, dans le contexte de l’article 3 du Premier protocole, [. . .] qu’un des objectifs légitimes d’un système électoral national est de canaliser les courants de pensée de façon à promouvoir l’émergence d’une volonté politique suffisamment claire et cohérente [. . .] Le gouvernement n’a cependant pas présenté d’arguments établissant que le fait de faire campagne sur une «question unique», campagne du genre de celle menée par la demanderesse, est de nature à distraire les électeurs des programmes électoraux sur lesquels sont fondées les campagnes des partis nationaux au point d’entraver le processus électoral. [Je souligne.]

84

In the present instance, it was argued that the partial ban on election polls hinders the electoral process because some of the voters are deprived of information relevant to the exercise of their right to vote. The Court of Appeal considered, at p. 358, that s. 3 only guarantees access to information “necessary to permit electors to vote rationally and in an informed manner”, and that poll results did not fall into that category. My conclusion that s. 322.1 is an unjustified limit on free expression makes it unnecessary to deal with this issue. I prefer to leave the issue aside mostly because the evidence with regard to the relationship between the kind of information banned and the integrity of the election process is too sparse.

VI. Freedom of Expression

A. *Section 2(b) of the Charter*

85

Before this Court, the respondent conceded, as it did in the courts below, that there was a *prima facie* infringement of freedom of expression. This concession was well-founded. Section 322.1 clearly infringes on the guarantee in s. 2(b) of the *Charter*, in accordance with the test set out in *Irwin Toy, supra*. First, there can be no doubt that the publication of polling information, and more specifically opinion survey results, is an activity that conveys meaning and, therefore, falls within the ambit of s. 2(b). Second, s. 322.1 restricts freedom of expression by prohibiting the broadcasting, publication or dissemination of opinion survey results during the final three days of an election campaign. The freedom of expression is clearly infringed by this ban.

86

Before turning to the justification analysis under s. 1 of the *Charter*, I pause to note that, in addition to polling, there are various other activities subject to restriction during a federal election. These restrictions, as set out in the *Canada Elections Act*, include limits on spending and controls on advertising. In my view, it is impossible to make any

Dans la présente affaire, on a prétendu que l’interdiction partielle de publier les résultats de sondages sur les intentions de vote constitue une entrave au processus électoral, car certains électeurs sont privés d’information pertinente à l’exercice de leur droit de vote. La Cour d’appel a conclu, à la p. 358, que l’art. 3 ne garantit l’accès qu’à l’information [TRADUCTION] «nécessaire pour [. . .] permettre [aux électeurs] de [voter] d’une manière rationnelle et éclairée» et que cette information n’inclut pas les résultats des sondages. Ma conclusion selon laquelle l’art. 322.1 constitue une limite injustifiée de la liberté d’expression rend inutile l’examen de cette question. Je préfère la laisser de côté, principalement parce que la preuve relative au lien existant entre le type d’information visé par l’interdiction et l’intégrité du processus électoral est trop limitée.

VI. La liberté d’expression

A. *L’alinéa 2b) de la Charte*

L’intimé a reconnu, tant devant notre Cour que devant les juridictions inférieures, qu’il y avait atteinte *prima facie* à la liberté d’expression. Cette concession était bien fondée. En effet, l’art. 322.1 porte manifestement atteinte à la garantie prévue par l’al. 2b) de la *Charte*, selon le critère dégagé dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité. Premièrement, il ne fait aucun doute que la publication d’information touchant les sondages, et plus précisément les résultats de ceux-ci, est une activité qui transmet un message et qui, par conséquent, entre dans le champ d’application de l’al. 2b). Deuxièmement, l’art. 322.1 limite la liberté d’expression en interdisant d’annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages sur les intentions de vote au cours des trois derniers jours de la campagne électorale. La liberté d’expression est nettement violée par cette interdiction.

Avant de passer à l’analyse de la justification conformément à l’article premier de la *Charte*, je tiens à signaler que, outre les sondages, diverses autres activités font l’objet de restrictions au cours des campagnes électorales fédérales. Ces restrictions, prévues par la *Loi électorale du Canada*, sont notamment les limites visant les dépenses et

generalizations regarding the scope or constitutional validity of these provisions. Each type of restriction, including s. 322.1, must be considered in its own context. Although Somers J. noted that the partial ban on polling is part of a larger package of restrictions, there is no justification for finding that all restrictions must be considered globally. Each restriction is adopted to address a particular set of circumstances and it is in that light that each one must be analysed.

B. *Justification Under Section 1 of the Charter*

1. Contextual Factors

The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

Characterizing the context of the impugned provision is also important in order to determine the type of proof which a court can demand of the legislator to justify its measures under s. 1. This question is suitably addressed at the outset because it affects the entirety of the s. 1 analysis, and because of the nature of the evidence in this case. In discussing whether a ban on advertising aimed at children minimally impaired the freedom of

les mesures de contrôle visant la publicité. Il est selon moi impossible de généraliser en ce qui concerne le champ d'application ou la validité constitutionnelle de ces dispositions. Chaque restriction, y compris celle prévue à l'art. 322.1, doit être examinée suivant le contexte qui lui est propre. Même si le juge Somers a souligné que l'interdiction partielle visant les sondages s'inscrit dans un ensemble plus vaste de restrictions, rien ne justifie de conclure que toutes les restrictions doivent être considérées globalement. Chacune vise une situation particulière et c'est sous cet éclairage qu'elle doit être analysée.

B. *La justification conformément à l'article premier de la Charte*

1. Les facteurs contextuels

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

Il importe également de qualifier le contexte de la disposition contestée pour déterminer le type de preuve que le tribunal peut demander au législateur d'apporter pour justifier ses mesures au regard de l'article premier. Il convient de régler cette question dès le départ, d'une part parce qu'elle a une incidence sur l'ensemble de l'analyse fondée sur l'article premier, et, d'autre part, en raison de la nature de la preuve dans le cas qui nous occupe. Examinant la question de savoir si l'interdiction visant la publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression, le

expression, Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. observed in *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 993-94:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. . . . Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. . . .

In other cases, however, rather than mediating between different groups, the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed. . . .

In the instant case, the Court is called upon to assess competing social science evidence respecting the appropriate means for addressing the problem of children's advertising. The question is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the ban on all advertising directed at children impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective. [Emphasis added.]

In *Butler*, *supra*, Sopinka J. found the social science evidence relating pornography to violence or other harms directed at women by men to be inconclusive. Nonetheless, he found that there was a rational connection between the impugned provision and the measures adopted by the legislature (at pp. 502 and 504):

While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs.

. . .

I am in agreement with . . . the view that Parliament was entitled to have a "reasoned apprehension of harm" resulting from the desensitization of individuals exposed to materials which depict violence, cruelty, and dehumanization in sexual relations. [Emphasis added.]

juge en chef Dickson a fait les observations suivantes dans *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. [. . .] Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif . . .

Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé . . .

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement. [Je souligne.]

Dans *Butler*, précité, le juge Sopinka a déclaré non concluante la preuve fondée sur les sciences sociales qui faisait un lien entre la pornographie et la violence et d'autres torts faits aux femmes par les hommes. Néanmoins, il a conclu à l'existence d'un lien rationnel entre la disposition attaquée et les mesures adoptées par le législateur (aux pp. 502 et 504):

Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance.

. . .

Je suis d'accord avec [. . .] [l']avis que le Parlement avait le droit d'avoir [TRADUCTION] «une appréhension raisonnée du préjudice» résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation. [Je souligne.]

In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, McLachlin J. addressed more explicitly the relationship between the standard of proof required under s. 1 and the nature of the problem which Parliament was seeking to remedy. That case involved the application of s. 2(b) to certain restraints on tobacco advertising and promotion which had been adopted by Parliament. After noting that the distinction described in *Irwin Toy* between the government as social mediator and the government as singular antagonist “may not always be easy to apply”, she observed, at para. 135:

This said, I accept that the situation which the law is attempting to redress may affect the degree of deference which the court should accord to Parliament’s choice. The difficulty of devising legislative solutions to social problems which may be only incompletely understood may also affect the degree of deference that the courts accord to Parliament or the Legislature.

She emphasized, however, that this does not diminish the usual standard of proof required under s. 1, simply that that standard might be satisfied in different ways depending on the nature of the legislative objective (at para. 137):

As the s. 1 jurisprudence has established, the civil standard of proof on a balance of probabilities at all stages of the proportionality analysis is more appropriate: *Oakes*, *supra*, at p. 137; *Irwin Toy*, *supra*, at p. 992. . . . Discharge of the civil standard does not require scientific demonstration; the balance of probabilities may be established by the application of common sense to what is known, even though what is known may be deficient from a scientific point of view: see *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311. [Emphasis added.]

McLachlin J. applied this test under the rational connection stage of the proportionality analysis based on the following characterization (at para. 154):

Where, however, legislation is directed at changing human behaviour, as in the case of the *Tobacco Products Control Act*, the causal relationship may not be sci-

Dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, le juge McLachlin a traité plus explicitement du rapport entre la norme de preuve applicable dans le cadre de l’article premier et la nature du problème que le législateur cherchait à régler. L’affaire concernait l’application de l’al. 2b) à certaines restrictions adoptées par le Parlement en matière de publicité et de promotion des produits du tabac. Après avoir souligné que la distinction faite dans l’arrêt *Irwin Toy* entre le rôle du gouvernement en tant qu’arbitre dans la société et celui d’adversaire singulier «pourrai[t] ne pas être toujours facil[e] d’application», elle a fait observer ceci, au par. 135:

Cela dit, je reconnais que le problème auquel la loi tente de remédier risque d’avoir une incidence sur le degré de respect dont le tribunal devrait faire preuve à l’égard du choix du Parlement. De même, la difficulté de concevoir des solutions législatives à des problèmes sociaux qui pourraient bien n’être que partiellement compris peut aussi avoir une incidence sur le degré de respect dont les tribunaux feront preuve envers le législateur fédéral ou provincial.

Elle a toutefois souligné que cela n’avait pas pour effet d’abaisser la norme de preuve appliquée habituellement dans le cadre de l’article premier, mais tout simplement d’indiquer qu’il est possible d’y satisfaire par des moyens différents compte tenu de la nature de l’objectif visé par la loi (au par. 137):

Comme l’établit la jurisprudence relative à l’article premier, la norme de preuve qui convient, à toutes les étapes de l’analyse de la proportionnalité, est celle qui s’applique en matière civile, c’est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités: *Oakes*, précité, à la p. 137; *Irwin Toy*, précité, à la p. 992. [. . .] Pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile, on n’a pas à faire une démonstration scientifique; la prépondérance des probabilités s’établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique: voir l’arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311. [Je souligne.]

Le juge McLachlin a appliqué ce critère à l’étape de l’examen du lien rationnel, dans le cadre de l’analyse de la proportionnalité, en s’appuyant sur la qualification suivante (au par. 154):

Par contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, comme dans le cas de la *Loi réglementant les produits du tabac*, le lien causal pour-

entifically measurable. In such cases, this Court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 768 and 777; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503. [Emphasis added.]

89

The issue of the standard and type of proof required under s. 1 arises with particular acuity in the case at bar because the social science evidence, as in these previous cases, is in a state of some controversy. In light of this inconclusive evidence, the government submitted it is not for this Court to second-guess the judgment of the legislature when it has made a reasonable assessment that an apprehension of harm exists. It also argued that “common sense applied to what is known establishes the reasonableness of Parliament’s assessment of the situation”.

90

I agree with McLachlin J.’s remarks in *RJR-MacDonald* that it is difficult to draw a sharp distinction between legislation in which the state is the antagonist of the individual, and that in which it is acting as a mediator between different groups. Indeed, nothing in these cases suggests that there is one category of cases in which a low standard of justification under s. 1 is applied, and another category in which a higher standard is applied. In my view, these cases further the contextual approach to s. 1 by indicating that the vulnerability of the group which the legislator seeks to protect (as in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 995; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 88), that group’s own subjective fears and apprehension of harm (as in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, *per* McLachlin J., at p. 857), and the inability to measure scientifically a particular harm in question, or the efficaciousness of a remedy (as in *Butler*, *supra*, at p. 502), are all factors of which the court must take account in assessing whether a limit has been demonstrably justified according to

rait bien ne pas être mesurable du point de vue scientifique. Dans ces cas, notre Cour s’est montrée disposée à reconnaître l’existence d’un lien causal entre la violation et l’avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d’une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l’objectif législatif: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 768 et 777; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 503. [Je souligne.]

La question de la norme et du type de preuve que commande l’article premier se pose avec une acuité particulière dans la présente instance parce que, tout comme dans ces arrêts antérieurs, la preuve fondée sur les sciences sociales est, dans une certaine mesure, encore controversée. Vu cette preuve non concluante, le gouvernement a soutenu qu’il n’appartient pas à la Cour de remettre en question le jugement du législateur qui, après avoir fait une appréciation raisonnable de la situation, a conclu à l’existence d’une appréhension de préjudice. Le gouvernement a également plaidé que [TRADUCTION] «l’application du bon sens aux éléments connus établit le caractère raisonnable de l’appréciation de la situation qu’a faite le législateur».

Je souscris aux propos du juge McLachlin dans *RJR-MacDonald* selon lesquels il est difficile d’établir une distinction nette entre les mesures législatives dans le cadre desquelles l’État agit en tant qu’adversaire singulier de l’individu et celles où il agit en tant que médiateur entre différents groupes. De fait, rien dans les arrêts susmentionnés ne tend à indiquer qu’il existe une catégorie de cas auxquels s’applique une norme peu exigeante de justification dans le cadre de l’article premier et une autre catégorie à laquelle s’applique une norme plus élevée. À mon avis, ces précédents étayaient davantage le recours à une approche contextuelle dans l’application de l’article premier en indiquant que la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger (comme dans *Irwin Toy*, précité, à la p. 995; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 88), les craintes subjectives et la crainte de préjudice entretenue par ce groupe (comme dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, motifs du juge McLachlin, à la p. 857), et l’incapa-

the civil standard of proof. They do not represent categories of standard of proof which the government must satisfy, but are rather factors which go to the question of whether there has been a demonstrable justification. I propose to return to these factors in more detail in the course of a contextual approach to s. 1.

Another contextual factor to be considered is the nature of the activity which is infringed. The degree of constitutional protection may vary depending on the nature of the expression at issue (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 246-47; *Keegstra, supra*, at p. 760; *RJR-MacDonald, supra*, at paras. 71-73 and 132; *Libman, supra*, at para. 60). This is not because a lower standard is applied, but because the low value of the expression may be more easily outweighed by the government objective. In this case, the speech infringed is political information. While opinion polls may not be the same as political ideas, they are nevertheless an important part of the political discourse, as manifested by the attention such polls receive in the media and in the public at large, and by the fact that political parties themselves purchase and use such information. Indeed, the government argues that opinion polls have an excessive impact on the electoral choices made by voters. As a genre of speech, unlike hate speech or pornography, this expression is not intrinsically harmful or demeaning to certain members of society because of its direct impact, or its impact on others. It is without moral content, and yet it is widely perceived as a valuable and important part of the discourse of elections in this country. The government urges, however, that under some circumstances polls may

cité de mesurer scientifiquement le préjudice particulier en cause ou l'efficacité d'une réparation (comme dans *Butler*, précité, à la p. 502), sont autant de facteurs que le tribunal doit prendre en considération lorsqu'il décide si une restriction est justifiée suivant la norme de preuve applicable en matière civile. Ce ne sont pas des catégories de norme de preuve auxquelles le gouvernement doit satisfaire, mais bien des facteurs touchant la question de savoir s'il y a une justification démontrable. Je me propose de revenir plus en détail sur ces facteurs dans le cours de l'application de l'approche contextuelle à l'article premier.

Un autre facteur contextuel qui doit être pris en considération est la nature de l'activité à laquelle il est porté atteinte. Le degré de protection constitutionnelle peut varier selon la nature de la forme d'expression en cause (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1355 et 1356; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, aux pp. 246 et 247; *Keegstra*, précité, à la p. 760; *RJR-MacDonald*, précité, aux pp. 71 à 73 et 132; *Libman*, précité, au par. 60). Ce n'est pas parce qu'une norme moins exigeante est appliquée, mais plutôt parce que, compte tenu dans certains cas de la faible valeur de la forme d'expression en cause, l'objectif du gouvernement l'emporte plus facilement sur celle-ci. Dans le présent cas, le discours visé par l'atteinte est l'information politique. Même si les sondages ne sont pas assimilables aux opinions politiques, ils sont néanmoins un élément important du discours politique, comme en témoignent, d'une part, l'attention qu'ils reçoivent dans les médias et au sein du public en général, et, d'autre part, le fait que les partis politiques eux-mêmes achètent et utilisent ce type d'information. De fait, le gouvernement prétend que les sondages ont une influence excessive sur les choix électoraux des citoyens. Contrairement à la propagande haineuse ou à la pornographie, cette forme d'expression n'est pas intrinsèquement préjudiciable ou avilissante pour certains membres de la société à cause soit de son effet direct sur eux soit de son effet sur autrui. Quoique dénuée de contenu moral, elle est pourtant largement perçue comme un élément précieux et impor-

come to have an effect which interferes with the ability of individuals to make an informed choice.

92

According to the purposes I describe below, there are two groups who might be negatively affected by polls: first, there are those who incorrectly assume that polls are a perfect measure of voting results on election day, and rely on them to an excessive degree in consequence; second, there are those voters who are perfectly aware of the general shortcomings of polls as predictions of the result on election day, but who are misled by the publication of an inaccurate poll result. Even assuming there to be some likelihood of these dangers, which shall be discussed more fully in the course of the s. 1 analysis proper, there can be no question that opinion surveys regarding political candidates or electoral issues are part of the political process and, thus, at the core of expression guaranteed by the *Charter*. As Dickson C.J. stated in *Keegstra, supra*, at pp. 763-64:

The connection between freedom of expression and the political process is perhaps the linchpin of the s. 2(b) guarantee, and the nature of this connection is largely derived from the Canadian commitment to democracy. Freedom of expression is a crucial aspect of the democratic commitment, not merely because it permits the best policies to be chosen from among a wide array of proffered options, but additionally because it helps to ensure that participation in the political process is open to all persons.

In that case, hate speech was found to interfere with the ability of a specific and identifiable group to participate in the political process by directly undermining their dignity and their membership in the community. The same could be said of pornographic expression in *Butler*. And in *Irwin Toy*, the interest of advertisers meant that there was a likelihood that such speech would be manipulative of children and would play on their vulnerability.

tant du discours électoral dans notre pays. Toutefois, le gouvernement affirme que, dans certaines circonstances, il est possible que les sondages aient pour effet de diminuer la capacité de certains individus de faire un choix éclairé.

Suivant les objectifs que je vais décrire plus loin, deux groupes risquent de subir un préjudice du fait des sondages: premièrement, il y a les personnes qui supposent à tort que les sondages indiquent parfaitement quels seront les résultats du scrutin le jour de l'élection et qui, en conséquence, se fient à ceux-ci d'une manière excessive; deuxièmement, il y a les personnes qui savent parfaitement que les sondages en général ne permettent pas de prédire les résultats le jour du scrutin, mais qui sont induites en erreur par la publication d'un sondage inexact. Même en supposant une certaine vraisemblance à ces dangers, qui seront examinés de manière plus approfondie dans le cours de l'analyse fondée sur l'article premier proprement dite, il ne fait aucun doute que les sondages concernant les candidats ou les enjeux électoraux font partie du processus politique et sont, de ce fait, au cœur de la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans *Keegstra*, précité, aux pp. 763 et 764:

Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b), et ce lien tient dans une large mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous.

Dans cette affaire, il a été jugé que la propagande haineuse entravait la participation d'un groupe précis et identifiable au processus politique en amoindrissant sa dignité et son sentiment d'appartenance à la collectivité. La même affirmation pouvait être faite dans *Butler* qui portait sur l'expression pornographique. Dans *Irwin Toy*, compte tenu de l'intérêt des annonceurs, il était vraisemblable que le discours en cause aurait un effet manipulateur à l'égard des enfants et jouerait sur leur vulnérabilité.

In each of these cases, the type of speech involved systematically and consistently undermined the position of some members of society. There is no evidence in this case that there is any such systematic opposition between the interests or position of the Canadian voter and opinion surveys. The government argues that there is the potential that some inaccurate poll might undermine the freedom of choice of the Canadian voter, or that some voters might be excessively influenced by polls. Leaving those exceptional or potential cases aside, polls are not generally inimical to the interests of Canadian voters. They are sought after and widely valued which, independently of their value to any one voter or specific content, places this type of speech at the core of the political process.

Although the *Libman* case involved expression related to political campaigning, there was a likelihood that the genre of paid political advertising would significantly manipulate the political discourse to the advantage of those with greater financial resources (paras. 50-51). *Libman* is not dissimilar to *Irwin Toy* in the sense that, under certain circumstances, the nature of the interests (i.e., a single party or faction with a great preponderance of financial resources) of the speakers could make the expression itself inimical to the exercise of a free and informed choice by others. The government does not suggest that there is any such systematic or structural danger in the case of opinion surveys, but relies simply on the possibility of an inaccurate poll, or the disproportionate reaction by certain voters to polls generally. These may be important objectives and will be assessed below; but the possibility of harm arising from the unfortuitous publication of an inaccurate poll does not displace the general nature of this expression as political expression at the core of s. 2(b).

Dans chacune de ces affaires, le type d'expression en cause amoindrait de façon systématique et uniforme la situation de certains membres de la société. Il n'y a aucune preuve, en l'espèce, de l'existence d'une telle opposition systématique entre les intérêts ou la situation des électeurs canadiens et les sondages. Le gouvernement prétend qu'il y a un risque que certains sondages inexacts puissent porter atteinte à la liberté de choix des électeurs ou que certains électeurs canadiens soient influencés de manière excessive par les sondages. Hormis ces cas exceptionnels ou potentiels, les sondages ne sont généralement pas incompatibles avec les intérêts des électeurs canadiens. Ils sont recherchés et largement appréciés, de sorte que, indépendamment de leur valeur pour un électeur donné ou de leur contenu précis, ce type de discours est au cœur du processus politique.

Même si l'arrêt *Libman* concernait une forme d'expression rattachée aux campagnes politiques, il était vraisemblable que le genre d'annonces politiques payées qui étaient en cause dans cette affaire influencent de façon considérable le débat politique en faveur de ceux qui disposent de plus grandes ressources financières (par. 50 et 51). L'affaire *Libman* n'est pas sans similarité avec l'affaire *Irwin Toy* en ce sens que, dans certaines circonstances, la nature des intérêts (c'est-à-dire le fait qu'un parti ou une faction dispose d'une supériorité considérable du point de vue des ressources financières) de ceux qui s'expriment pourrait rendre la forme d'expression elle-même incompatible avec l'exercice par les autres intéressés d'un choix libre et éclairé. Le gouvernement ne suggère pas l'existence d'un tel danger systématique ou structurel dans le cas des sondages, mais invoque simplement la possibilité d'un sondage inexact ou d'une réaction disproportionnée de la part de certains électeurs aux sondages en général. Il s'agit là d'objectifs qui peuvent être importants et qui seront appréciés plus loin, mais la possibilité d'un préjudice résultant de la publication non fortuite d'un sondage inexact ne change pas la nature générale de cette forme d'expression, qui relève de l'expression politique au cœur de l'al. 2b).

95 I would conclude that the nature of the expression in issue here does not *prima facie* suggest that a deferential approach is appropriate in this case.

2. Legislative Objective

96 The characterization of the objective of s. 322.1 and the nature of the harm which it hopes to remedy are virtually correlatives of one another, and constitute the crucial first step in the s. 1 analysis. Unfortunately, the decisions below and some of the submissions before us have been unnecessarily vague in stating the precise objective of the limitation in issue, leaving many unanswered questions as to the proper approach to the s. 1 analysis. The respondent submitted before us that the objective of s. 322.1 is “to prevent the distorting effect of public opinion survey results which are released late in the election when there is no longer a sufficient opportunity to respond”. But what is the exact nature of this “distorting effect”? The Court of Appeal did not elucidate any more precise objective than this. By contrast, Somers J. articulated four objectives from the legislative history of the provision which more precisely characterized the purpose of the limit on freedom of expression: prevention of dissemination of false information; prevention of polling information from being presented in a misleading way that lent an aura of scientific precision to poll results; a period of rest and reflection for voters prior to going to the polls; and a period of response after the final poll has been published, presumably to respond to its potential inaccuracy or simply to question the importance of polls in general. Before this Court, the respondent submitted that the sole objective of the provision on which it was relying was to provide a period during which the accuracy of a poll could be publicly questioned and debated, so that the scientific validity and accuracy of any particular poll would be more fully known to Canadian voters. The harm, then, which the provision purportedly addresses is the possibility that the scientific accuracy of polls may be overestimated by Canadian voters in a particular election and that

Je suis d’avis de conclure que la nature de la forme d’expression en litige dans le présent cas ne tend pas à indiquer, à première vue, qu’une approche empreinte de retenue est appropriée en l’espèce.

2. L’objectif législatif

La qualification de l’objectif de l’art. 322.1 et la nature du préjudice qu’il est censé corriger sont pratiquement en corrélation, et constituent la première étape cruciale de l’analyse fondée sur l’article premier. Malheureusement, les décisions des juridictions inférieures ainsi que certaines des observations qui nous ont été soumises ont énoncé de manière inutilement vague l’objectif précis de la restriction en litige, laissant bien des questions sans réponse en ce qui concerne la démarche appropriée pour l’analyse fondée sur l’article premier. Devant nous, l’intimé a fait valoir que l’art. 322.1 a pour objectif [TRADUCTION] «de prévenir l’effet de déformation de la réalité que peut créer la publication des résultats de sondages tard dans une campagne électorale, lorsqu’il ne reste plus de temps pour y répliquer». Mais en quoi consiste précisément cet «effet déformant»? La Cour d’appel n’a pas énoncé d’objectif plus précis que celui-là. Par contraste, le juge Somers a, à partir de l’historique de la disposition, formulé quatre objectifs définissant plus précisément l’objet de la restriction à la liberté d’expression: prévenir la diffusion de faux renseignements; empêcher que des renseignements touchant les sondages soient présentés d’une manière trompeuse, propre à donner une aura de caractère scientifique aux résultats des sondages; donner aux électeurs une période de répit et de réflexion avant le scrutin; accorder une période de réplique après la publication du dernier sondage, vraisemblablement pour répondre aux inexactitudes qu’il pourrait contenir ou tout simplement pour s’interroger sur l’importance des sondages en général. Devant notre Cour, l’intimé a plaidé que le seul objectif qu’il invoquait était celui qui consiste à accorder une période permettant de remettre en question l’exactitude d’un sondage et d’en débattre publiquement de façon à bien renseigner les électeurs canadiens sur la validité et l’exactitude scientifiques d’un sondage donné. En conséquence, le préjudice censé visé par la disposi-

they may cast their vote based on this inaccurate perception.

As mentioned in the previous section, the voter's misapprehension of the true significance of a poll could be the result of either of two quite different reasons: first, the voter might systematically overestimate the validity and accuracy of poll results; or, second, there might be a poll which falls below the normal standard of accuracy of polling which Canadians are generally entitled to expect. This latter type of poll is more simply described as a bad poll, a false poll, or an inaccurate poll. The respondent is not explicit as to which distorting effect it refers, and the judgments below, as well as legislative pronouncements at the time of its passage, reflect this obscurity. The danger of the systematically overreliant voter is suggested in the purpose described by Somers J. as the need for "a rest period" so that the frenzy of polls will die down and voters will be encouraged to forget about the polls and concentrate on issues. This purpose is evident in the final report of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing ("Lortie Commission") entitled *Reforming Electoral Democracy* (1991), vol. 1, which concluded, at p. 460, that a polling ban was necessary to "provide voters with a period of reflection at the end of campaign to assess the parties and candidates". The second purpose of the legislation, to guard against an inaccurate poll which occurs late in the campaign, has nothing to do with a period of repose or reflection. Rather, the purpose is to provide an opportunity for the last opinion surveys on which the voter might base his or her vote to be subjected to public scrutiny. In this way, the voter will have the best information possible about the accuracy of the latest polls, and will not cast a vote without a potentially inaccurate opinion survey having been publicly scrutinized.

tion est la possibilité que l'exactitude scientifique des sondages puisse être surestimée par les électeurs canadiens au cours d'une campagne électorale donnée et qu'ils votent en fonction de cette perception inexacte.

Comme je l'ai dit dans la section précédente, il est possible qu'un électeur se méprenne sur la signification réelle d'un sondage pour deux raisons très différentes: premièrement, il peut surestimer systématiquement la validité et l'exactitude des résultats des sondages; ou, deuxièmement, il peut arriver qu'un sondage ne respecte pas le niveau normal d'exactitude en la matière auquel les Canadiens sont en droit de s'attendre. On peut qualifier plus simplement ce dernier type de sondage de mauvais sondage, de faux sondage ou de sondage inexact. L'intimé ne précise pas à quel effet déformant il se réfère, et les décisions des juridictions inférieures ainsi que les propos des parlementaires au moment de l'adoption de la disposition sont tout aussi obscurs. Le danger que les électeurs accordent systématiquement aux sondages une importance exagérée est suggéré dans l'objectif que le juge Somers a décrit comme étant la nécessité d'une «période de répit» durant laquelle la frénésie des sondages s'atténuerait et les électeurs seraient encouragés à oublier les sondages et à se concentrer sur les enjeux. Cet objectif est énoncé de façon manifeste dans le rapport final de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis («Commission Lortie») intitulé *Pour une démocratie électorale renouvelée* (1991), vol. 1, qui a conclu, aux pp. 478 et 479, à la nécessité d'interdire la publication des sondages pour «accorde[r] à l'électorat une période de réflexion à la fin de la campagne». Le deuxième objectif de la loi — savoir celui de protéger contre les sondages inexacts publiés tard dans les campagnes — n'a rien à voir avec une période de répit ou de réflexion. Il s'agit plutôt de donner la possibilité de discuter publiquement les derniers sondages sur lesquels les électeurs pourraient se fonder pour voter. De cette façon, ceux-ci possèdent la meilleure information possible au sujet de l'exactitude des derniers sondages et ne se rendent pas aux urnes avant que des sondages potentiellement inexacts aient été débattus publiquement.

98

At a higher level of generality, the purpose of providing more accurate information to Canadian voters is that they are more capable of making a free and informed choice, which engenders a freer and fairer election process. It is said that the election process will also be perceived as fairer by the electorate with this restriction in place. This, in turn, strengthens democracy. For the purpose of the s. 1 analysis, however, it is desirable to state the purpose of the limiting provision as precisely and specifically as possible so as to provide a clear framework for evaluating its importance, and the precision with which the means have been crafted to fulfil that objective (*RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 144; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 110).

99

Accepting these as the two objectives of s. 322.1, it is my view that any ambiguity in the words of the section should be interpreted in accordance with those purposes, rather than to frustrate them. I conclude, therefore, that Somers J. was correct in interpreting the prohibition in s. 322.1 as applying only to “new” poll results, i.e. results that are undisclosed as of midnight on the Friday before election day. Far from preventing old poll results from being mentioned, the very *raison d’être* of the section is that those old poll results should be aired and discussed in the media so that their accuracy can be fully determined in public debate.

3. Is the Objective Pressing and Substantial?

100

For clarity, I propose to examine each purpose separately, beginning with the “period of rest” purpose. I will examine this purpose briefly as the respondent all but withdrew this as part of its argument before this Court. However, I still consider this analysis necessary as the vague references to the “distorting effect” of polls could still accommodate this purpose. Moreover, there is little doubt that this was one of the original purposes of Parliament in enacting the provision. In addition to the statement in the final report of the Lortie Commis-

À un degré plus élevé de généralité, l’objectif qui consiste à fournir des renseignements plus exacts aux électeurs canadiens vise à les rendre plus aptes à faire un choix libre et éclairé, ce qui engendre un processus électoral plus libre et plus équitable. On affirme que, grâce à la restriction en cause, le processus électoral sera perçu par l’électorat comme plus équitable, situation qui, à son tour, renforcera la démocratie. Pour les besoins de l’analyse fondée sur l’article premier, toutefois, il est souhaitable d’énoncer de façon aussi précise et spécifique que possible, d’une part, l’objectif de la disposition attentatoire afin d’établir un cadre clair pour évaluer son importance, et, d’autre part, la précision avec laquelle les moyens choisis ont été conçus pour réaliser cet objectif (*RJR-MacDonald*, précité, au par. 144; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au par. 110).

Acceptant qu’il s’agit là des deux objectifs de l’art. 322.1, je suis d’avis que toute ambiguïté des mots employés dans cette disposition doit être dissipée de manière à favoriser et non à contrecarrer la réalisation de ces objectifs. En conséquence, je conclus que le juge Somers a eu raison de considérer que l’interdiction prévue à l’art. 322.1 s’applique uniquement aux résultats de «nouveaux» sondages, c’est-à-dire aux résultats qui n’ont pas encore été communiqués à minuit le vendredi qui précède le jour du scrutin. Loin d’empêcher que l’on fasse état des résultats de sondages déjà publiés, la raison d’être même de cet article est la diffusion et la discussion de ces sondages dans les médias de sorte que leur exactitude puisse être débattue pleinement en public.

3. L’objectif est-il urgent et réel?

Par souci de clarté, je me propose d’examiner chaque objectif séparément, en commençant par celui fondé sur la «période de répit». Je ne vais m’y arrêter que brièvement car l’intimé l’a pour ainsi dire abandonné dans sa plaidoirie devant notre Cour. Toutefois, je continue de considérer que cette analyse est nécessaire parce que les vagues allusions à l’«effet déformant» des sondages pourraient encore se rattacher à cet objectif. De plus, il fait peu de doute que c’était l’un des objectifs initiaux du législateur lorsqu’il a édicté la

sion mentioned above, Senator Rivest, in introducing the bill containing s. 322.1 in the Upper House, declared that it was an attempt to [TRANSLATION] “reconcile the freedom of speech and the freedom of the press with the right of the voters to make a judgement peacefully, come election time”: *Debates of the Senate*, April 29, 1993, at p. 3117.

An examination of this purpose reveals some disturbing assumptions. First, this purpose does not rely on the inaccuracy of any opinion survey results. Rather, it suggests that Canadians will become so mesmerized by the flurry of polls appearing in the media that they will forget the issues upon which they should actually be concentrating. This reasoning cannot be countenanced. Canadian voters must be presumed to have a certain degree of maturity and intelligence. They have the right to consider the results of polls as part of a strategic exercise of their vote. It cannot be assumed that in so doing they will be so naïve as to forget the issues and interests which motivate them to vote for a particular candidate. Nor can Canadians be presumed to assume that polls are absolutely accurate in predicting outcomes of elections and that they thus will overvalue poll results. Many polls are released in the course of an election campaign which belies the suggestion that any one poll could be perceived as authoritative. These opinion polls yield differing results even when conducted contemporaneously, and, perhaps more importantly, opinion poll results fluctuate dramatically over time. I cannot accept, without gravely insulting the Canadian voter, that there is any likelihood that an individual would be so enthralled by a particular poll result as to allow his or her electoral judgment to be ruled by it.

I am thus unable to perceive, and nor has the government seriously argued before us, that any pressing and substantial objective is served by the existence of a “rest period” for polls prior to the election date. I would, therefore, find that s. 322.1

disposition en litige. Outre les remarques précitées tirées du rapport final de la Commission Lortie, le sénateur Rivest, qui a présenté le projet de loi contenant l’art. 322.1 à la Chambre haute, a déclaré que celui-ci tentait de «marier la liberté d’expression et la liberté de presse avec la liberté et le droit du citoyen de pouvoir porter un jugement en toute quiétude au moment des élections»: *Débats du Sénat*, 29 avril 1993, à la p. 3117.

L’examen de cet objectif révèle quelques suppositions troublantes. Premièrement, cet objectif n’est pas fondé sur l’inexactitude des résultats de sondages donnés. Il suppose plutôt que les Canadiens sont tellement hypnotisés par l’avalanche de sondages publiés dans les médias qu’ils en oublient les enjeux sur lesquels ils devraient plutôt se concentrer. Ce raisonnement ne peut être admis. Il faut présumer aux électeurs canadiens un certain degré de maturité et d’intelligence. Ils ont le droit de tenir compte des résultats des sondages pour voter d’une manière stratégique. On ne peut supposer que, en agissant ainsi, ils sont à ce point naïfs qu’ils oublient les enjeux et les intérêts qui les motivent à voter pour un candidat donné. On ne peut non plus supposer que les Canadiens présumement que les sondages prédisent avec une exactitude absolue l’issue du scrutin et, pour cette raison, surestiment les résultats des sondages. Bon nombre de sondages sont publiés au cours d’une campagne électorale, ce qui contredit l’idée qu’un sondage en particulier puisse être perçu comme faisant autorité. Ces sondages produisent des résultats différents même quand ils sont réalisés en même temps, et, fait plus important peut-être, les résultats des sondages fluctuent radicalement sur une période donnée. Je ne peux admettre, sans faire gravement insulte aux électeurs canadiens, qu’il y ait la moindre chance qu’un individu soit tellement séduit par les résultats d’un sondage donné que, au moment de voter, il laisse ceux-ci l’emporter sur son jugement.

Je suis donc incapable de concevoir — d’ailleurs le gouvernement n’a pas sérieusement plaidé devant nous — que l’existence d’une «période de répit» en matière de sondages avant le jour du scrutin serve un objectif urgent et réel. En consé-

is not justified under s. 1 according to this objective.

103 The more difficult question is whether the blackout period can be justified by the other legislative purpose, which is to prevent an inaccurate poll from having an impact on voter choice because of a lack of response time prior to the voter casting his or her ballot. The first step in determining whether this is a pressing and substantial objective is to determine whether such a poll would actually influence voter choice, and to what extent; the second step is to evaluate the likelihood of an inaccurate poll being published.

104 Although the extent of the influence of polls on voter choice is uncertain, there is evidence suggesting that it may be significant. The key evidence in this case was gathered by the Lortie Commission and presented in its final report. The Lortie Commission, *supra*, at p. 457, concluded that: "Notwithstanding the frequent assertion of pollsters that their data have minimal influence on voters, recent research provides strong support for the proposition that published opinion polls can significantly influence campaigns and voters". More specifically, the Commission asserted that "the argument that published polls do not influence voter choice or affect the conduct of campaigns is simply untenable" (p. 458). Thus, the Commission found that polls not only have a general impact on the conduct of an election, but that they affect voter choice. The harmful influence, according to the Commission, arose because opinion polls are subject to errors which are not fully disclosed to the public (at p. 455):

Because they are presented as 'scientific', published opinion polls raise issues of public confidence in the integrity of the electoral process. Notwithstanding their claims to scientific validity and accuracy in representing the views of all potential voters, opinion polls are susceptible to many forms of error and misrepresentation. The apparent precision of the data they report fails to reflect the fact that they are estimates of the distribution of opinion at a given time. Yet their apparent authority gives them considerable influence over the conduct of

quence, je conclus que, au regard de cet objectif, l'art. 322.1 n'est pas justifié au sens de l'article premier.

La question plus difficile est de savoir si l'em-bargo peut être justifié par l'autre objectif de la disposition, savoir le fait d'empêcher qu'un sondage inexact influence la décision des électeurs en raison de l'absence d'un temps de réplique avant le scrutin. Pour décider s'il s'agit d'un objectif urgent et réel, il faut, dans un premier temps, se demander si un tel sondage influencerait réellement le choix des électeurs, et, si oui, dans quelle mesure il le ferait. Dans un deuxième temps, il faut évaluer le risque qu'un sondage inexact soit publié.

Quoique la mesure dans laquelle les sondages influencent la décision des électeurs soit incertaine, il existe des éléments de preuve tendant à indiquer qu'elle peut être importante. Les éléments clés dans le cas qui nous intéresse ont été recueillis par la Commission Lortie, qui les a présentés dans son rapport final. À la p. 475, celle-ci a tiré la conclusion suivante: «Bien que les maisons de sondage ne cessent de répéter que leurs données affectent peu le vote, des recherches récentes tendent à prouver le contraire». Plus précisément, la Commission a affirmé qu'«il est impossible de soutenir que la publication des sondages n'influence pas le choix des électeurs et électrices ou la conduite des campagnes» (p. 476). En conséquence, la Commission a conclu que non seulement les sondages ont une incidence générale sur la conduite des élections, mais qu'ils influencent également le choix des électeurs. Suivant la Commission, l'influence préjudiciable des sondages est imputable au fait qu'ils sont sujets à des erreurs qui ne sont pas divulguées intégralement au grand public (à la p. 473):

Parce qu'ils sont présentés comme «scientifiques», les sondages d'opinion diffusés par les médias suscitent des inquiétudes quant à la confiance du public dans l'intégrité du processus électoral. En dépit de la précision scientifique revendiquée par leurs auteurs, les sondages sont sujets à maintes erreurs et distorsions. La précision apparente de leurs données occulte le fait qu'ils ne sont jamais qu'une estimation de la distribution de l'opinion à un moment donné. Leur apparence de rigueur leur confère néanmoins une influence considérable sur la

campaigns and the choices made by voters. [Emphasis added.]

Again, I would observe that there appear to be two strains of thought in this passage: first, that the accuracy of any poll may be overestimated by Canadians, and second, that some polls may fall below the standard of accuracy generally expected through error or misrepresentation. I have found above that the first of these objectives is not of pressing and substantial concern justified under s. 1. However, the Lortie Commission appears also to be concerned about the influence of an inaccurate poll. The Lachapelle Study (*Polls and the Media in Canadian Elections: Taking the Pulse* (1991)) and the *White Paper on Election Law Reform* (1986) were considerably less certain of this influence, however. Drawing on the evidence presented to the Lortie Commission, Professor Lachapelle was able to identify a number of discrete influences of opinion polls, including: the bandwagon effect (rallying to support the leader in the polls); the underdog effect (rallying to support the trailing candidate); the demotivating effect (abstaining from voting); the motivating effect (encouraging voters to cast their ballots); the strategic effect (electors decide how to vote on the basis of the relative popularity of parties); and the free-will effect (voting to prove the polls wrong); see Lachapelle Study, *supra*, at pp. 13-14. There is dispute, however, regarding the overall influence on election results. For instance, it is suggested that one effect is simply counterbalanced by another and, therefore, the overall influence of polls is nil; see *White Paper, supra*, at p. 26. Professor Lachapelle cautioned that “no definitive conclusion about the actual impact of polls can be drawn from these briefs” (p. 14), and that “theories about the decline of political parties and the undue influence of polls on voters have not been convincingly supported” (p. 29).

Although the overall influence of polls may not have been scientifically established as “undue”, I would nevertheless conclude that there is evidence of significant influence of polls on the electoral

conduite des campagnes et l'issue des scrutins. [Je souligne.]

Encore une fois, je ferai observer que ce passage semble traduire deux courants de pensée: premièrement, que l'exactitude de tout sondage peut être surestimée par les Canadiens, et, deuxièmement, que certains sondages peuvent, en raison d'erreurs et de distorsions, ne pas respecter le niveau d'exactitude auquel on s'attend généralement. J'ai déjà conclu que le premier de ces objectifs n'est pas une préoccupation urgente et réelle justifiée au sens de l'article premier. Toutefois, la Commission Lortie semble s'inquiéter aussi de l'influence des sondages inexacts. L'Étude Lachapelle (*Les sondages et les médias lors des élections au Canada: le pouls de l'opinion* (1991)) et le *Livre blanc sur la réforme de la loi électorale* (1986) sont beaucoup moins affirmatifs sur ce point. À partir de la preuve présentée à la Commission Lortie, le professeur Lachapelle a pu recenser différents effets des sondages, entre autres: le ralliement au vainqueur («*bandwagon effect*»); le ralliement au candidat en difficulté («*underdog effect*»); l'effet démobilisateur (on s'abstient par certitude de gagner); l'effet mobilisateur (les sondages incitent à aller voter); le vote stratégique (l'électeur décide pour qui voter en fonction de la popularité des partis); et le libre arbitre (on vote pour faire mentir les sondages); voir l'Étude Lachapelle, *op. cit.*, aux pp. 15 et 16. Il n'y a cependant pas unanimité quant à leur influence globale sur les résultats des élections. Par exemple, certains prétendent qu'un effet donné est tout simplement neutralisé par un autre, de sorte que l'influence globale des sondages serait nulle; voir le *Livre blanc, op. cit.*, à la p. 27. Le professeur Lachapelle a fait les mises en garde suivantes: «[a]ucune réponse définitive ne peut être tirée de ces mémoires quant à l'impact réel des sondages» (p. 16); «[l]es thèses sur le déclin des partis ou les diverses interprétations sur l'influence indue qu'ils [les sondages] exercent sur les électeurs et électrices n'ont jusqu'à présent pas apporté de résultats très convaincants» (p. 32).

Même s'il n'a peut-être pas été scientifiquement établi que les sondages ont globalement une influence «indue», je conclurais néanmoins qu'il y a des preuves d'une influence importante des son-

process and on individual electoral choice. Although the overall effect of these polls may be difficult to discern or predict, this evidence suggests that an uncertain number of voters might be influenced in their electoral choice by this false information. The pernicious aspect of an inaccurate poll is that no voter could discover its true nature because of the lack of response time.

106 The possibility of the publication of an inaccurate poll is not *de minimis*. The Lortie Commission, *supra*, at p. 457, reported that:

Although the industry in general has become highly professional since public polling was introduced in Canada in 1941, the incidence of technically deficient and poorly reported polls is still substantial. In recent elections, there have been instances of misleading polls, some because of technical errors and others because of partisan misrepresentation. There have even been allegations of fraudulent polls, where the data were said to have been fabricated to counter a poll showing the opposition in the lead. Such "bogus" polls and the more common misrepresented poll have been released to the media in many democracies. (Cantril 1991, 67; Worcester 1991, 199; Hoy 1989, 189-202) It is the willingness of the media to report such polls that makes them significant and troublesome.

The close relationship between some polling organizations and political parties also suggests that polls released as purportedly scientific measures of public opinion could be subject to manipulation (Lachapelle Study, *supra*, at p. 133).

107 There is also evidence of public and governmental concern to guard against inaccurate polls which are published late in the campaign and which thus cannot be subject to the same scrutiny as polls published earlier in the election. The respondent submitted the results of a poll indicating that 45 percent of Canadians are in favour of such a ban, 28 percent are opposed, and 27 percent had no opinion. As a simple matter of logic, moreover, clear evidence of the influence of polls on individual voter choice, combined with indications that such inaccurate polls are not a remote possibility, suggests that the voting decision of those who rely

dages sur le processus électoral et sur les choix électoraux individuels. Quoique l'effet global de ces sondages puisse être difficile à cerner ou à prédire, ces preuves tendent à indiquer qu'un nombre indéterminé d'électeurs sont susceptibles d'être influencés par cette information erronée. Un sondage inexact a un effet pernicieux en ce qu'aucun électeur ne peut découvrir sa vraie nature vu l'absence d'un temps de réplique.

La possibilité qu'un sondage inexact soit publié n'est pas négligeable. La Commission Lortie, *op. cit.*, à la p. 475, a signalé ceci:

Bien que l'industrie du sondage en général ait atteint un haut niveau de professionnalisme depuis l'apparition des sondages d'opinion au Canada en 1941, le nombre d'enquêtes techniquement déficientes et mal présentées demeure important. Certains sondages publiés à l'occasion d'élections récentes étaient entachés d'erreurs techniques, et d'autres étaient présentés de façon partielle. On a même signalé des sondages carrément frauduleux, dont les données auraient été fabriquées de toutes pièces pour contrer un sondage plaçant l'adversaire en tête. Les médias de maints pays démocratiques ont publié de tels sondages «bidon» et, de façon plus courante, des sondages présentés de manière trompeuse (Cantril 1991, 67; Worcester 1991, 199; Hoy 1989, 189-202). En fait, ces «sondages» posent un problème dans la mesure où les médias sont prêts à les diffuser.

Les liens étroits qui existent entre des maisons de sondage et des partis politiques tend également à indiquer que des sondages présentés comme des mesures scientifiques pourraient être l'objet de manipulations (Étude Lachapelle, *op. cit.*, à la p. 152).

Il y a également des éléments de preuve indiquant l'existence, tant au sein du grand public que du gouvernement, d'un souci de se prémunir contre les sondages inexacts qui sont publiés tard durant les campagnes et ne peuvent, par conséquent, être examinés aussi attentivement que ceux publiés plus tôt. L'intimé a présenté les résultats d'un sondage indiquant que 45 pour 100 des Canadiens sont pour une telle interdiction, que 28 pour 100 s'y opposent et que 27 pour 100 des répondants n'ont pas exprimé d'opinion. Qui plus est, d'un simple point de vue logique, l'existence d'une preuve claire de l'influence des sondages sur

on polls as part of their decision-making process could be distorted. The possibility of such a distortion is clearly a matter which the government may legitimately be concerned to remedy.

The validity of this concern is attenuated, however, by an important disjunction between the evidence and the harm which the legislation purports to address. The evidence and conclusions presented by the Lortie Commission and the Lachapelle Study relate to the influence of polls in the aggregate; the purported objective of this legislation relates to the inaccuracy of an individual poll which undeservedly benefits from the perception of scientific accuracy as a result of the generally high standards of accuracy maintained by polls, and by its presentation in the media as a scientific measure. But an opinion poll does not appear in a vacuum. Rather, it is published chronologically after a series of other polls which have been measuring public opinion throughout the election. In all likelihood, other polls conducted by other polling organizations will appear in other media outlets during the three days prior to election day. Thus, to the extent that any single poll is inaccurate, this will possibly be apparent to voters who are aware of the results of other polls, both those published immediately prior to this final period before the election, and those appearing in the media at the same time as the inaccurate poll. The more polls which appear during this period, the less likely that voters will base their decisions on the inaccurate poll. Moreover, the severity of the error, which one might speculate might enhance the influence of the error, would be offset by increased ease with which the mistake would be identified. In addition, voters' experience with opinion polls in previous elections will have demonstrated that opinion polls are of variable value and accuracy as predictive measures of the outcome of an election.

les choix électoraux individuels, conjuguée aux indications que de tels sondages inexacts ne sont pas qu'une vague possibilité, tend à indiquer que la décision de ceux qui se basent sur les sondages pour voter pourrait être faussée. La possibilité d'une telle distorsion est manifestement une préoccupation à laquelle le gouvernement peut légitimement vouloir remédier.

La validité de cette préoccupation est toutefois amoindrie par l'important écart qui existe entre la preuve et le tort auquel la loi est censée remédier. La preuve et les conclusions présentées par la Commission Lortie et l'Étude Lachapelle portent sur l'influence des sondages globalement; l'objectif censément visé par la loi se rattache à l'inexactitude d'un sondage donné, qui bénéficie à tort d'une perception d'exactitude scientifique en raison du niveau généralement élevé d'exactitude des sondages et du fait que les médias le présentent comme une mesure scientifique. Mais un sondage n'est pas fait dans l'abstrait. Au contraire, il est publié chronologiquement, dans une série de sondages mesurant l'opinion publique durant une campagne électorale. Selon toute vraisemblance, d'autres sondages effectués par d'autres maisons seront diffusés par d'autres médias au cours des trois derniers jours précédant le scrutin. Par conséquent, dans la mesure où un sondage donné est inexact, cette situation sera possiblement évidente aux électeurs qui sont au fait des résultats d'autres sondages, tant ceux publiés immédiatement avant le sprint final que ceux diffusés par les médias durant la même période que le sondage inexact. Plus il y a de sondages durant cette période, moins grand est le risque que les électeurs basent leur décision sur le sondage inexact. De plus, la gravité de l'erreur, élément qui, peut-on supposer, pourrait augmenter l'influence de celle-ci, serait contrebalancée par la facilité accrue avec laquelle cette erreur serait décelée. Au surplus, l'expérience acquise par les électeurs à l'égard des sondages au cours des élections précédentes leur aura démontré que les sondages ont une valeur et une exactitude variables en tant que moyens de prédire l'issue d'un scrutin.

109

Notwithstanding this qualification, I conclude that the purpose of guarding against the possible influence of inaccurate polls late in the election campaign by allowing for a period of criticism and scrutiny immediately prior to election day, is a pressing and substantial objective. As this Court stated in *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 38, measures that “maintain and enhance the integrity of the electoral process . . . [are] always of pressing and substantial concern in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society”. The purpose of this particular limitation on expression is to ensure that information which the evidence indicates has an important influence on the choice of at least some voters is presented according to the standards of accuracy which polls are normally expected to attain. When pollsters and the media present information which aspires to certain scientific standards of quality, and which invites reliance by voters in the exercise of their vote, then the government may legitimately be concerned. Such information is qualitatively different from partisan rhetoric, or even journalistic reporting which aspires to certain standards of accuracy and objectivity. Polling information is presented scientifically which reflects relatively settled and defined standards for determining accuracy. To the extent that the votes of some might be distorted as a result of polls being presented in a misleading fashion, this is a pressing and substantial objective.

4. Rational Connection

110

The three-day blackout period on the publication of polls will serve, to some degree, the purpose of preventing the use of inaccurate polls by voters. The blackout period gives critics the opportunity to assess the methodological information made available by the pollster and to question the validity of the poll on that basis. To that extent, the ban is rationally connected to the purpose of the legislation. However, s. 322.1 does not prevent an opinion survey from being released without any information as to methodology. Thus, there may be

Malgré cette réserve, je conclus que l'objectif qui consiste à prévenir l'influence possible de sondages inexacts publiés tard dans la campagne électorale par l'instauration d'une période de critique et d'examen immédiatement avant le jour du scrutin est un objectif urgent et réel. Comme l'a dit notre Cour dans *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, au par. 38, des mesures qui «maint[iennent] et [. . .] renforcent] l'intégrité du processus électoral [. . .] [sont] toujours une préoccupation urgente et réelle de toute société qui prétend suivre les préceptes d'une société libre et démocratique». L'objectif de la présente restriction de la liberté d'expression est de faire en sorte que des données qui, selon la preuve, ont une influence importante sur la décision d'au moins certains électeurs soient présentées avec le niveau d'exactitude qu'on attend normalement des sondages. Lorsque les sondeurs et les médias présentent des données qui sont censées respecter certaines normes scientifiques de qualité et auxquelles les électeurs sont invités à se fier dans l'exercice de leur droit de vote, il est alors légitime pour le gouvernement d'être préoccupé. De telles données sont qualitativement différentes de la rhétorique partisane, ou même de la couverture journalistique qui prétend à certaines normes d'exactitude et d'objectivité. L'information touchant les sondages est présentée scientifiquement, ce qui emporte le respect de normes relativement bien établies et définies en matière de détermination de l'exactitude. Dans la mesure où la décision de certains électeurs pourrait être faussée par suite de résultats de sondages présentés d'une manière trompeuse, cet objectif est urgent et réel.

4. Le lien rationnel

L'embargo de trois jours sur les sondages permet, dans une certaine mesure, de réaliser l'objectif qui consiste à empêcher l'utilisation de sondages inexacts par les électeurs. Elle donne aux critiques la possibilité d'évaluer l'information fournie par le sondeur sur la méthodologie qu'il a utilisée et de mettre en doute la validité du sondage sur ce plan. Dans cette mesure, l'interdiction a un lien rationnel avec l'objet de la loi. Toutefois, l'art. 322.1 n'empêche pas la diffusion d'un sondage qui n'est pas accompagné de renseignements

cases where it would be impossible for outside observers to scrutinize or challenge the validity of a poll. In those cases, the most that could be achieved by the blackout period is that the validity of a poll could be undermined by pointing out the failure of the pollster to publish the methodology of the poll. Having mentioned this infirmity in the connection between the purpose of the provision and the means designed to carry out that purpose, I prefer to focus my analysis of the inadequacies of this legislation under the rubric of minimal impairment.

5. Minimal Impairment

Section 322.1 does not minimally impair the right to freedom of expression guaranteed in the *Charter* and is, therefore, not justified under s. 1. Indeed, it is my view that s. 322.1 is a very crude instrument in serving the purpose articulated by the government in this case. To repeat, that objective is to prevent or minimize the distorting effect of inaccurate opinion polls, and, in particular, opinion polls released late in an election which may have an undue influence on voters and which are not subject to adequate criticism prior to the voter relying on them. As I have stated at the outset, the type of proof required to discharge the burden of justification on the government may vary from case to case depending on the context. In this section, I address a number of contextual factors pertaining to the seriousness and likelihood of the harm, as well as the standard and methods of proof in a case such as this one involving the evaluation of social science evidence and human behaviour. These contextual factors bear on the degree of deference which a court should accord to the particular means chosen to implement a legislative purpose; see *RJR-MacDonald*, *supra*, at paras. 132 and 160.

The first factor which could militate in favour of a deferential approach towards the legislation is the vulnerability of the group sought to be protected. In this case, however, the social science

méthodologiques. En conséquence, il pourrait survenir des cas où il serait impossible à des observateurs indépendants d'examiner ou de contester la validité d'un sondage. En pareils cas, l'embargo permettrait tout au plus d'attaquer la validité d'un sondage en signalant l'omission du sondeur de publier des renseignements sur la méthodologie utilisée pour effectuer le sondage. Ayant mentionné cette déficience du lien entre l'objectif de la disposition et les moyens conçus pour le réaliser, je préfère faire porter mon analyse sur les lacunes de la mesure législative sous la rubrique de l'atteinte minimale.

5. L'atteinte minimale

L'article 322.1 ne porte pas atteinte le moins possible au droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte* et il n'est donc pas justifié au sens de l'article premier. De fait, je suis d'avis que cette disposition est un instrument très grossier pour réaliser l'objectif énoncé par le gouvernement en l'espèce. Je le répète, cet objectif est de prévenir ou de réduire au minimum l'effet déformant des sondages inexacts et, en particulier, des sondages publiés tard dans les campagnes électorales, qui peuvent exercer une influence indue sur les électeurs et qui ne font pas l'objet d'une critique suffisante avant que les électeurs se fondent sur leurs résultats. Comme je l'ai dit au début, le type de preuve requise pour permettre au gouvernement de s'acquitter de son fardeau de justification peut varier d'un cas à l'autre, selon le contexte. Dans la présente section, je m'arrête à divers facteurs contextuels touchant à la gravité du préjudice et à sa vraisemblance, ainsi qu'à la norme et aux méthodes de preuve applicables dans un cas comme celui qui nous occupe, où il faut évaluer les comportements humains et une preuve fondée sur les sciences sociales. Ces facteurs contextuels concernent le degré de retenue dont le tribunal devrait faire montre à l'égard des moyens particuliers choisis pour réaliser un objectif législatif; voir l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, aux par. 132 et 160.

Le premier facteur susceptible de favoriser l'application d'une approche empreinte de retenue vis-à-vis de la loi est la vulnérabilité du groupe que celle-ci vise à protéger. En l'espèce, toutefois, la

evidence did not establish that the Canadian voter is a vulnerable group relative to pollsters and the media who publish polls. The presumption in this Court should be that the Canadian voter is a rational actor who can learn from experience and make independent judgments about the value of particular sources of electoral information. As Professor Lachapelle's Study indicates, some voters clearly do consider polls to be of some value in making their electoral decision (*supra*, at p. 13). However, no evidence has been presented before this Court that voters have suffered from any misapprehensions regarding the accuracy of any single poll. Indeed, the fact that polls conducted contemporaneously yield differing results, or that poll results can fluctuate dramatically over time, suggests that voters have experience with the shortcomings of some polls. Indeed, perhaps the most important contextual factor in the analysis of this case is that polls are widely available throughout the election period in large numbers and from differing media sources. Professor Lachapelle reports, *supra*, at p. 86, that a total of 59 polls were published during the 1988 national election campaign, 22 of them national in scope, and 37 regional. Voters are constantly exposed to opinion poll results throughout the election and a single inaccurate poll result is likely to be spotted and discounted appropriately.

preuve fondée sur les sciences sociales n'a pas établi que les électeurs canadiens forment un groupe vulnérable par rapport aux sondeurs et aux médias qui publient les sondages. Notre Cour doit présumer que l'électeur canadien est un être rationnel, capable de tirer des leçons de son expérience et de juger de façon indépendante de la valeur de certaines sources d'information électorale. Comme l'indique l'étude du professeur Lachapelle, certains électeurs estiment que les sondages peuvent éclairer leur décision (*op. cit.*, à la p. 15). Toutefois, il n'a été présenté à la Cour aucun élément de preuve établissant que les électeurs ont été victimes de méprise quant à l'exactitude d'un sondage. En effet, le fait que des sondages effectués simultanément produisent des résultats différents ou que les résultats des sondages peuvent fluctuer radicalement dans le temps permet de supposer que les électeurs connaissent les imperfections des sondages. De fait, le facteur contextuel peut-être le plus important dans l'analyse du présent cas est le fait qu'on a accès, durant toute la campagne électorale, à un large éventail de sondages diffusés par des médias différents. D'après le professeur Lachapelle, *op. cit.*, à la p. 100, 59 sondages en tout ont été publiés durant la campagne électorale fédérale de 1988, 22 sondages pancanadiens et 37 régionaux. Les électeurs sont constamment bombardés de sondages pendant toute la campagne, et il est probable qu'un sondage aux résultats inexacts sera repéré et écarté comme il se doit.

113

The government responded to the paucity of evidence relating to this specific issue by stating that it was sufficient "to show a reasoned apprehension of harm. . . . [I]t is sufficient if it is reasonable to presume that there is a casual [*sic*] relationship between them". It relied on a number of cases for the proposition that even in the face of inconclusive social science evidence, the Court has adopted a deferential approach to determining whether the harm exists and in assessing the justification of the measures chosen to prevent those harms: *Butler, supra, RJR-MacDonald, supra, Libman, supra, Keegstra, supra, and Irwin Toy, supra*. In my view, the principles developed in those cases are not applicable here for three fundamental reasons. First, the presumptions which the Court made in

Le gouvernement a obvié au manque de preuve sur ce point précis en affirmant qu'il suffisait de [TRADUCTION] «démontrer une appréhension raisonnée de préjudice [. . .] [C]ela suffit s'il est raisonnable de présumer l'existence d'un lien de causalité entre les deux». Il a invoqué un certain nombre d'arrêts au soutien de la proposition selon laquelle, même en présence d'une preuve non concluante fondée sur les sciences sociales, la Cour a adopté une approche empreinte de retenue afin de statuer sur l'existence d'un préjudice et, le cas échéant, de décider si les mesures choisies pour prévenir le préjudice étaient justifiées: *Buttler*, précité, *RJR-MacDonald*, précité, *Libman*, précité, *Keegstra*, précité, et *Irwin Toy*, précité. À mon avis, les principes élaborés dans ces arrêts ne s'ap-

those cases were not refuted by any contrary logical reasoning. That is not the case here. What I have said in the previous paragraph suggests, as a matter of logic, that there is reason to believe that, notwithstanding the scientific “aura” of polls, the Canadian voter is likely to be aware of a seriously inaccurate poll. Indeed, the more serious the inaccuracy, the more likely the awareness of the error. This is not to say, of course, that some voters might not be misled by an inaccurate poll and cast their vote on what amounts to a misrepresentation. Indeed, that possibility is precisely what I have found constitutes the pressing and substantial objective of this provision. The point here is simply that the claims of widespread or significant harm based on logical inferences derived from surrounding factors are not compelling in the context of factors which refute such logical inferences. As a matter of logical reasoning and inference, I find the government’s claims of harm to be controverted by surrounding circumstances which suggest that the Canadian voter is already sensitive to the danger which the government is seeking to remedy.

Second, there is no suggestion in this case that the interests of the voter and of the pollster are opposed, or that the latter will systematically attempt to manipulate the former. This sets this case apart from cases involving advertisers (such as *Irwin Toy*, *Libman* or *RJR-MacDonald*), where advertisers encouraged choices which served their particular interests. Although it was legal for each of them to pursue those interests, and therefore legitimate to do so, there was a danger of undue manipulation in the first two cases, and of serious health consequences for individual Canadians in the third. Thus, not only was the government dealing with a situation in which expression would be used to manipulate vulnerable groups, but also in which there was a balancing of conflicting but

pliquent pas en l’espèce et ce pour trois raisons fondamentales. Premièrement, les présomptions énoncées par la Cour dans ces affaires n’ont pas été réfutées par un raisonnement logique contraire. Tel n’est pas le cas en l’espèce. Les observations que j’ai formulées au paragraphe précédent suggèrent, d’un point de vue logique, qu’il y a des raisons de croire que, malgré l’«aura» de caractère scientifique des sondages, il est probable que les électeurs canadiens se rendent compte que les résultats d’un sondage sont sérieusement inexacts. À vrai dire, plus l’inexactitude est grande, plus il y a de chances que les électeurs en soient conscients. Ce qui ne veut pas dire, bien entendu, que certains électeurs ne pourraient pas être induits en erreur par un sondage inexact et voter en s’appuyant sur ce qui équivaut à une présentation inexacte des faits. De fait, cette possibilité est précisément ce qui, ai-je conclu, constitue l’objectif urgent et réel visé par cette disposition. Le point ici est simplement que les prétentions relatives à l’existence d’un préjudice répandu ou important, qui sont fondées sur des inférences logiques tirées de facteurs contextuels, ne sont pas convaincantes en présence de facteurs réfutant ces inférences. Du point de vue du raisonnement et de l’inférence logiques, j’estime que les prétentions du gouvernement relatives au préjudice sont contredites par les circonstances, qui tendent à indiquer que les électeurs canadiens sont déjà sensibilisés au danger que le gouvernement cherche à écarter.

Deuxièmement, rien ne tend à indiquer, en l’espèce, que les intérêts des électeurs et des sondeurs sont opposés ou que ces derniers vont tenter systématiquement de manipuler les premiers. Ce fait distingue donc le cas qui nous occupe de ceux qui mettaient en cause des annonceurs (par exemple les affaires *Irwin Toy*, *Libman* ou *RJR-MacDonald*), où les annonceurs encourageaient des choix qui servaient leurs propres intérêts. Même s’il était légal pour chacun d’eux de favoriser ces intérêts et, partant, légitime de le faire, il y avait un risque de manipulation indue dans les deux premiers cas, et un risque de conséquences graves pour la santé des consommateurs canadiens dans le troisième. Par conséquent, non seulement le gouvernement était-il aux prises avec une situation

legitimate social interests. None of those elements are present in the case at bar. There is no interest which favours inaccurate or misleading polls being foisted on the Canadian public. The media have an interest in providing poll results which are of interest to Canadians and which uphold their reputation for integrity and accuracy. Pollsters have an interest in maintaining a reputation for accurately measuring public opinion and election results. Although some individual polling firms have close relationships with particular parties which might encourage them, consciously or unconsciously, to tailor their methodologies in favour of their valued client, the polling industry as a whole does not favour one party over another (Lachapelle Study, *supra*, at p. 133). To the extent that individual polls may reflect a bias, divergent opinion survey results reflecting these biases will be obvious to voters and diminish the scientific aura of those polls. Voters, the third interested group, also desire accurate polls so that if they choose to rely on them, the most accurate and timely polls will be available. Unlike the advertising cases, this is not a case in which the government is intervening against a powerful interest to prevent expression from being a means of manipulation and oppression.

dans laquelle la liberté d'expression serait utilisée pour manipuler des groupes vulnérables, mais également où des intérêts sociaux opposés mais légitimes devaient être conciliés. Ni l'un ni l'autre de ces éléments n'est présent en l'espèce. Il n'y a en présence aucun intérêt favorisant la présentation à l'électorat canadien de sondages inexacts ou trompeurs. Les médias ont intérêt à diffuser des sondages qui intéressent les Canadiens et qui étayent leur propre réputation d'intégrité et d'exactitude. Pour leur part, les sondeurs ont intérêt à maintenir leur réputation en ce qui concerne la précision avec laquelle ils mesurent l'opinion publique et prédisent l'issue des scrutins. Bien que certaines maisons de sondage soient étroitement associées à l'un ou l'autre des partis politiques, ce qui pourrait les encourager, consciemment ou non, à adapter leur méthodologie de façon à favoriser le client auquel elles tiennent, dans l'ensemble les sondeurs ne favorisent pas un parti plus qu'un autre (Étude Lachapelle, *op. cit.*, à la p. 153). Dans la mesure où certains sondages pourraient refléter un parti pris, leurs résultats divergents — traduisant ce parti pris — seront évidents aux électeurs et diminueront leur aura de caractère scientifique. Les électeurs, le troisième groupe intéressé, désirent eux aussi des sondages exacts afin de pouvoir compter, si c'est là leur volonté, sur les sondages les plus exacts et les plus à-propos. Contrairement aux affaires de publicité, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un cas où le gouvernement intervient contre des intérêts puissants pour empêcher que la liberté d'expression devienne un moyen de manipulation et d'oppression.

115 Third, the reasonable apprehension of harm test has been applied where it has been suggested, though not proven, that the very nature of the expression in question undermines the position of groups or individuals as equal participants in society. This has been accepted, in particular, when it is difficult or impossible to establish scientifically the type of harm in question. The respondent relied particularly on the reasoning in *Butler, supra*, to justify the reasoned apprehension of harm standard. In my view, the reasoning used in that case is not applicable here. In *Butler*, the difficulty of scientifically proving the harm in question was not

Troisièmement, le critère de l'appréhension raisonnable de préjudice a été appliqué dans des cas où l'on affirmait, sans en faire la preuve, que, de par sa nature même, la forme d'expression en cause empêche des individus ou des groupes d'être des membres à part entière de la société. Une telle conclusion est acceptée, en particulier, lorsqu'il est difficile ou impossible de prouver scientifiquement le type de préjudice en cause. Les intimés ont invoqué spécialement le raisonnement énoncé dans *Butler*, précité, pour justifier la norme fondée sur l'appréhension raisonnée du préjudice. À mon avis, le raisonnement fait dans cette affaire n'est

the only feature of the case justifying the application of the reasonable or reasoned apprehension of harm test. First, there was, in that case, “a substantial body of opinion that holds that the portrayal of persons being subjected to degrading or dehumanizing sexual treatment results in harm, particularly to women and therefore to society as a whole” (p. 479). In this regard, at least, the reasonable apprehension of harm test was unnecessary. The difficulty which required the application of the reasonable apprehension of harm test was determining exactly what representations of a sexual nature were degrading or dehumanizing. Sopinka J. quotes, at p. 481, from Wilson J.’s judgment in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494:

The problem is that we know so little of the consequences we are seeking to avoid. Do obscene movies spawn immoral conduct? Do they degrade women? Do they promote violence? The most that can be said, I think, is that the public has concluded that exposure to material which degrades the human dimensions of life to a subhuman or merely physical dimension and thereby contributes to a process of moral desensitization must be harmful in some way. It must therefore be controlled when it gets out of hand, when it becomes “undue”.

Sopinka J. devised a test, at p. 485, which stated that depictions of a sexual nature would not be protected by the *Charter* where society perceived such depictions as likely to “predispos[e] persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men”. He found the anti-pornography provision in that case to be rationally connected to the valid objective of the legislation because Parliament had a “reasoned apprehension of harm” (p. 504) that sexual representations of women which were degrading affected men’s attitudes in such a way that encouraged degrading treatment of women.

pas applicable en l’espèce. Dans *Butler*, la difficulté de prouver scientifiquement le préjudice en question n’était pas le seul aspect de l’affaire qui justifiait l’application du critère de l’appréhension raisonnée ou raisonnable de préjudice. Premièrement, dans cette affaire, il existait «un important courant d’opinions selon lequel la représentation de personnes qui subissent un traitement sexuel dégradant ou déshumanisant entraîne un préjudice, notamment à l’égard des femmes et, par conséquent, de l’ensemble de la société» (p. 479). À cet égard, du moins, le critère de l’appréhension raisonnée de préjudice était inutile. La difficulté qui commandait l’application de ce critère résidait dans la question de savoir quelles représentations de choses sexuelles étaient dégradantes ou déshumanisantes. À la p. 481, le juge Sopinka a repris les observations faites par le juge Wilson dans *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494:

Le problème est que nous savons très peu de choses sur les conséquences que nous cherchons à éviter. Les films obscènes provoquent-ils une conduite immorale? Sont-ils dégradants pour les femmes? Favorisent-ils la violence? On peut tout au plus affirmer, à mon avis, que le public a conclu que l’exposition à des choses qui dégradent les dimensions humaines de la vie à une dimension moins qu’humaine ou simplement physique doit avoir certaines conséquences nocives. Elle doit par conséquent être réfrénée lorsqu’elle dépasse les bornes, lorsqu’elle devient «indue».

Dans *Butler*, précité, à la p. 485, le juge Sopinka a conçu un critère indiquant que les représentations sexuelles ne seraient pas protégées par la *Charte* lorsque la société percevrait celles-ci comme étant susceptibles de «prédispos[e] une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme». Il a conclu que la disposition de lutte contre la pornographie en cause dans cette affaire avait un lien rationnel avec l’objectif valide visé par la loi, parce que le Parlement avait «une appréhension raisonnée du préjudice» (p. 504), que les représentations sexuelles avilissant les femmes modifiaient les attitudes des hommes au point d’encourager le traitement dégradant des femmes.

116

In the context of that decision, there was substantial evidence that depiction of degrading treatment of women leads, to an indeterminate extent, to degrading treatment of women in society. Although the precise nature of the link between depiction and attitudes, and from attitudes to actual harmful behaviour towards women, could not be conclusively proven, there was evidence that this harm actually occurred. The presumption also accords with certain logical inferences and shared perceptions of human behaviour which we might simply call "common sense". Sopinka J. concluded that the line between permissibly and impermissibly degrading representations of sexuality should be based on a collective social understanding of what Canadians believe could lead to anti-social behaviour. While courts should not use common sense as a cover for unfounded or controversial assumptions, it may be appropriately employed in judicial reasoning where the possibility of harm is within the everyday knowledge and experience of Canadians, or where factual determination and value judgments overlap. Canadians presume that expressions which degrade individuals based on their gender, ethnicity, or other personal factors may lead to harm being visited upon them because this is within most people's everyday experience. In part, this is because of what we know and perhaps have experienced in our own lives about degrading representations of our personal identity. In part, it is because we know that groups which have historically been disadvantaged in economic or social terms are vulnerable to such expression. In part, it is because our values encourage us to be solicitous of vulnerable groups and to err on the side of caution where their welfare is at stake. In part, it is based on the short logical leap that degrading representations, and exhortation of certain views which degrade the humanity of others, can beget that behaviour. It is also because we know that such representations and exhortations can themselves be harmful for those who are forced to endure the heightened risk of harm.

Dans le contexte de cette décision, il y avait une preuve considérable indiquant que le fait de représenter des traitements avilissants pour les femmes entraîne, dans une mesure indéterminée, de tels traitements contre les femmes dans la société. Quoique la nature précise du lien entre ces représentations et les attitudes, et entre les attitudes et un comportement préjudiciable concret envers les femmes, ne pouvait être établie de façon concluante, il y avait des preuves que ce préjudice se produisait réellement. La présomption concorde également avec certaines inférences logiques et certaines perceptions partagées concernant le comportement humain, qu'on pourrait appeler simplement le «sens commun». Le juge Sopinka a conclu que la ligne de démarcation entre les représentations dégradantes acceptables et les représentations dégradantes inacceptables des choses sexuelles devait être fondée sur la perception collective qu'a la société canadienne des choses susceptibles d'entraîner un comportement antisocial. Même si les tribunaux ne doivent pas invoquer le sens commun pour masquer des suppositions sans fondement ou controversées, ils peuvent toutefois l'utiliser à juste titre dans leur raisonnement lorsque la possibilité de préjudice relève des connaissances et expériences quotidiennes des Canadiens ou lorsqu'il y a chevauchement de constatations des faits et de jugements de valeur. Les Canadiens présumement que les formes d'expression qui avilissent des individus du fait de leur sexe, de leur origine ethnique ou d'autres caractéristiques personnelles peuvent finir par leur être préjudiciables, parce qu'il s'agit d'une situation qu'ils sont pour la plupart à même de constater dans leur quotidien. Cela s'explique, en partie, par le fait que chacun d'entre nous a eu connaissance, dans sa propre vie, de l'effet de représentations dégradantes sur son identité personnelle ou en a peut-être fait l'expérience, et, en partie, par le fait que nous savons que les groupes qui ont été défavorisés dans le passé sur le plan économique ou social sont vulnérables à cette forme d'expression. Cela s'explique aussi par le fait que nos valeurs nous encouragent à faire montre de sollicitude à l'endroit des groupes vulnérables et à pécher par excès de prudence quand leur bien-être est en jeu. Cela s'explique en outre en partie par la facilité avec laquelle il est possible

As McLachlin J. put it in *Keegstra, supra*, at pp. 857-58:

To view hate propaganda as “victimless” in the absence of any proof that it moved its listeners to hatred is to discount the wrenching impact that it may have on members of the target group themselves. For Jews, many of whom have personally been touched by the terrible consequences of the degeneration of a seemingly civilized society into unparalleled barbarism, statements such as Keegstra’s may raise very real fears of history repeating itself. Moreover, it is simply not possible to assess with any precision the effects that expression of a particular message will have on all those who are ultimately exposed to it. . . . These considerations undermine the notion that we can draw a bright line between provisions which are justifiable because they require proof that hatred actually resulted, and provisions which are unjustifiable because they require only an intent to promote hatred.

Common sense reflects common understandings. In these cases dealing with pornography and hate speech, common understandings were accepted by the Court because they are widely accepted by Canadians as facts, and because they are integrally related to our values, which are the bedrock of any s. 1 justification. As a result, the Court did not demand a scientific demonstration or the submission of definitive social science evidence to establish that the line drawn by Parliament was perfectly drawn.

In my view, the case at bar does not approach this category of reasoning. The Canadian voter is not a historically vulnerable or disadvantaged group. Nor, as has been explained above, is the autonomy or dignity of any single group under attack from, or even facing the contrary interests of, another potentially more powerful group. Nor

de conclure que les représentations dégradantes et la défense de certaines idées qui avilissent autrui peuvent engendrer un tel comportement. Cela s’explique également par le fait que nous savons que de telles représentations et idées peuvent elles-mêmes être préjudiciables à ceux qui sont obligés de supporter le risque accru de préjudice. Comme l’a dit le juge McLachlin dans l’arrêt *Keegstra*, précité, aux pp. 857 et 858:

Dire que la propagande haineuse «ne fait pas de victime» quand il n’est pas prouvé qu’elle a incité ses destinataires à la haine c’est faire abstraction de l’effet déchirant qu’elle peut avoir sur les membres du groupe cible eux-mêmes. Chez les juifs, nombre desquels ont été personnellement touchés par les conséquences terribles de la dégénérescence d’une société apparemment civilisée vers une barbarie sans parallèle, des déclarations comme celles de Keegstra peuvent faire naître des craintes très réelles que l’Histoire se répète. Par ailleurs, il n’est simplement pas possible de déterminer avec exactitude les effets que l’expression d’un message donné aura sur tous ceux qui finiront par l’entendre. [. . .] Ces considérations mettent en doute la notion que nous pouvons tirer une ligne de démarcation très nette entre les dispositions qui sont justifiables parce qu’elles exigent la preuve que la haine a réellement été provoquée et celles qui sont injustifiables parce qu’elles n’exigent que l’intention de fomenter la haine.

Le sens commun reflète les perceptions communes. Dans les affaires portant sur la pornographie et la propagande haineuse, la Cour a accepté les perceptions communes parce qu’elles sont largement considérées par les Canadiens comme des faits et parce qu’elles font partie intégrante de nos valeurs, qui sont le fondement de toute justification conformément à l’article premier. En conséquence, la Cour n’a pas exigé une démonstration scientifique ou la présentation d’une preuve décisive fondée sur les sciences sociales pour établir que la ligne de démarcation tirée par le législateur était tout à fait appropriée.

À mon avis, ce type de raisonnement ne peut être fait dans le présent cas. Les électeurs canadiens ne constituent pas, historiquement, un groupe vulnérable ou défavorisé. Pas plus d’ailleurs, comme il a été expliqué précédemment, que l’autonomie ou la dignité de quelque groupe que ce soit n’est attaquée par un autre groupe potentiellement

can it be said that there is a shared understanding amongst Canadians that a single inaccurate poll will mislead Canadians to an extent which, in the words of Wilson J. in *Towne Cinema Theatres*, is “undue”. I am, therefore, unable to accept that the harm which the government is seeking to prevent affects a large number of voters, or that such possible distortions are significant to the conduct of an election, without more specific and conclusive evidence to that effect. Although there is a pressing and substantial objective in this case because there is a clear possibility that some voters might be misled by such polls, I am not willing to go further and accept that the harm in this case warrants a significant level of deference to the government in fashioning means which trespass on the freedom of expression.

plus puissant, ni même confrontée aux intérêts opposés d’un tel groupe. En outre, il est impossible d’affirmer qu’il existe, au sein de la population canadienne, une perception commune voulant qu’un seul sondage inexact puisse tromper les Canadiens dans une mesure qui, pour reprendre le terme employé par le juge Wilson dans l’arrêt *Towne Cinema Theatres*, est «indue». Je ne puis donc accepter que le préjudice que le gouvernement cherche à prévenir affecte un grand nombre d’électeurs ou que de telles déformations potentielles de la réalité ont une influence importante sur le déroulement des élections, sans disposer de preuves plus précises et concluantes à cet effet. Même si, en l’espèce, il existe un objectif urgent et réel du fait qu’il est nettement possible que certains électeurs puissent être induits en erreur par de tels sondages, je ne suis pas disposé à aller plus loin et à admettre que, dans le présent cas, le préjudice justifie de faire montre d’un degré important de retenue envers le gouvernement pour les mesures transgressant la liberté d’expression qu’il a conques.

118

In determining whether a restriction is justified under s. 1 as minimally impairing the freedom of expression, this Court has stated (in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160):

Relativement à la question de savoir si une restriction est justifiée au sens de l’article premier parce qu’elle constitue une atteinte minimale à la liberté d’expression, notre Cour a dit ceci (dans *RJR-MacDonald*, précité, au par. 160):

As the second step in the proportionality analysis, the government must show that the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. The impairment must be “minimal”, that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement. . . . On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail. [Emphasis added.]

À la deuxième étape de l’analyse de la proportionnalité, le gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d’expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif législatif. La restriction doit être «minimale», c’est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l’atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d’adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu’elle a une portée trop générale simplement parce qu’ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l’objectif et à la violation [. . .] Par contre, si le gouvernement omet d’expliquer pourquoi il n’a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide. [Je souligne.]

The application of these words is largely informed by the contextual factors which I have already can-

L’application de ces remarques dépend en grande partie des facteurs contextuels que j’ai déjà exa-

vassed. In my view, little deference should be shown in this case where the contextual factors mentioned above indicate that the government has not established that the harm which it is seeking to prevent is widespread or significant.

The provision in this case is also overbroad and underbroad in relation to the purpose of the legislation. The ban imposed in this case is overbroad because it prohibits in the final three days of an election campaign the publication and use by voters of all those polls which would meet the usual standards of accuracy. Its underbreadth has already been mentioned in the rational connection analysis: the blackout period may not adequately disabuse voters of an erroneous impression left by a poll which did not disclose its methodology to critics or the public. Indeed, as a matter of logic, the utility of the ban as a period of response and criticism is gravely undermined by the failure to require the publication of methodological information. Both the Lortie Commission, *supra*, at p. 464, and Professor Lachapelle, *supra*, at pp. 154-55, recommended that methodological information be disclosed in addition to a blackout period. In his affidavit before this Court (Case on Appeal, at pp. 92 *et seq.*), Professor Lachapelle, at para. 29, states:

Even if sufficient information is available to assess the reliability of the survey, or if the survey results are inaccurately reported, an adequate period of time is required to effectively challenge or correct the published report. If an accurate public opinion survey is released on the day before an election, there will be no meaningful opportunity for public debate or response.

This evidence supports the view that the mandatory disclosure of methodological information combined with a blackout period fulfils the government's purpose more effectively than the mandatory disclosure alone. What we are dealing with here, however, is a blackout period without a mandatory disclosure of methodology. In assessing whether this provision is narrowly tailored, the

minés de manière approfondie. Je suis d'avis qu'il convient de faire montre de peu de retenue dans la présente affaire, car les facteurs contextuels précités indiquent que le gouvernement n'a pas établi que le préjudice qu'il cherche à prévenir est répandu ou important.

De plus, la disposition en litige a une portée à la fois trop générale et trop limitée relativement à l'objectif de la loi. L'interdiction imposée en l'espèce est trop générale en ce qu'elle a pour effet d'interdire, durant les trois derniers jours des campagnes électorales, la publication et l'utilisation par les électeurs de tous les sondages qui respectent les normes habituelles d'exactitude. Pour ce qui est de sa portée trop limitée, elle a déjà été signalée dans l'analyse du lien rationnel: il est possible que l'embargo ne dissipe pas suffisamment chez les électeurs l'impression erronée laissée par un sondage dont la méthodologie n'a pas été communiquée aux critiques ou au public. De fait, sur le plan de la logique, l'utilité de l'embargo en tant que période de réaction et de critique est sérieusement amoindrie par l'omission d'exiger la publication de renseignements sur la méthodologie utilisée. Tant la Commission Lortie, *op. cit.*, à la p. 482, que le professeur Lachapelle, *op. cit.*, aux pp. 178, 180 et 181, ont recommandé, en plus d'un embargo, la communication des données méthodologiques. Dans son affidavit produit devant notre Cour (dossier, aux pp. 92 et suiv.), le professeur Lachapelle dit ceci, au par. 29:

[TRADUCTION] Même s'il y a suffisamment d'information pour apprécier la fiabilité du sondage, ou si les résultats du sondage ne sont pas rapportés de manière inexacte, une période suffisante est nécessaire pour permettre de contester efficacement le reportage publié ou pour le corriger. Si un sondage d'opinion exact est diffusé le jour qui précède le scrutin, il n'y aura pas de possibilité réelle d'en débattre publiquement ou d'y réagir.

Ce témoignage étaye le point de vue selon lequel la communication obligatoire des données méthodologiques, conjuguée à un embargo, permet de réaliser plus efficacement l'objectif du gouvernement que la seule communication obligatoire. Cependant, nous sommes en présence d'un embargo sans communication obligatoire de la méthodologie. Pour déterminer si cette disposition

obvious alternative which Parliament could have adopted was a mandatory disclosure of methodological information without a publication ban. Indeed, British Columbia has enacted just such a measure, as has the State of New York in the United States (*Election Act*, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 235; NY statute cited in Lachapelle Study, *supra*, at p. 51). Although such a provision would still leave the door open to inaccurate poll results published immediately prior to the election having some impact, that possibility would be significantly reduced both by virtue of the reader's initial access to those methodological data, and by the opportunity for rapid response by parties whose interests are prejudiced by the inaccurate poll. The government has not explained, however, how or whether this danger is any less than that of a poll published prior to the three-day blackout period without methodological data which is effectively immune from the reasoned criticism which the blackout period purports to allow. The failure to address or explain the reason for not adopting a significantly less intrusive measure which appears as effective as that actually adopted weighs heavily against the justifiability of this provision.

a été conçue strictement, la solution de rechange évidente qui aurait pu être retenue par le législateur est la communication obligatoire des données méthodologiques sans interdiction de publication. De fait, la Colombie-Britannique a édicté une telle mesure, tout comme l'a fait l'État de New York (*Election Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 106, art. 235; la loi de l'État de New York citée dans l'Étude Lachapelle, *op. cit.*, à la p. 59). Bien qu'une telle disposition laisse encore subsister la possibilité que la publication des résultats d'un sondage inexact immédiatement avant le jour du scrutin ait quelque influence, cette possibilité serait considérablement amoindrie du fait que les électeurs auraient accès aux données méthodologiques et que les partis auxquels ce sondage serait préjudiciable auraient la possibilité de répliquer rapidement. Le gouvernement n'a toutefois pas expliqué en quoi ce danger est moins grand que celui créé par un sondage qui est publié avant l'embargo, sans information méthodologique, et qui échappe dans les faits à la critique raisonnée que l'embargo est censé permettre. L'omission d'exposer ou d'expliquer la raison pour laquelle on a écarté une mesure beaucoup moins attentatoire, qui semble aussi efficace que celle effectivement prise, milite fortement contre la reconnaissance du caractère justifiable de cette disposition.

120

The respondent countered this concern by suggesting that a law requiring pollsters to publish methodological information along with the poll results is actually more intrusive on the freedom of expression than the three-day ban. I would reject this argument. Without making any ruling on the constitutionality of such a measure, I would simply refer to the words of McLachlin J. in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 163: "As this Court has observed before, it will be more difficult to justify a complete ban on a form of expression than a partial ban: *Ramsden v. Peterborough (City)*, [[1993] 2 S.C.R. 1084], at pp. 1105-6; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [[1988] 2 S.C.R. 712], at pp. 772-73." Whether a ban over a three-day period can properly be described as a "complete ban" is a subtle point. It is clear, however, that a provision which prohibited the publication of opinion polls without methodological information

L'intimé a répondu à cet argument en affirmant qu'une loi obligeant les sondeurs à publier des données méthodologiques en même temps que les résultats du sondage porte dans les faits davantage atteinte à la liberté d'expression que l'interdiction de publication pendant trois jours. Je rejette cet argument. Sans me prononcer sur la constitutionnalité d'une telle mesure, je citerai simplement les propos suivants du juge McLachlin dans *RJR-MacDonald*, précité, au par. 163: «Comme notre Cour l'a déjà fait remarquer, il sera plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que l'interdiction partielle: *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [[1993] 2 R.C.S. 1084], aux pp. 1105 et 1106, et *Ford c. Québec (Procureur général)*, [[1988] 2 R.C.S. 712], aux pp. 772 et 773.» La question de savoir si une interdiction de trois jours peut à juste titre être qualifiée d'«interdiction totale» est un point subtil. Il est toutefois

would be less intrusive to freedom of expression than a ban on publication of polling information during a crucial period. In the first case, the speaker has a choice: by complying with the prescribed conditions, he or she may engage in the speech. In the case of the ban, the speaker has no such choice: the information may not be expressed regardless of any choice the speaker makes. I emphasize in saying this, that I do not here pronounce on the constitutionality of such a provision. I am merely rejecting the respondent's claim that the current legislative provision is the least intrusive measure which the government could have chosen to achieve its purpose.

The respondent pointed to the presence of similar blackout periods on public opinion surveys in other democratic countries to support its argument that this measure fell within the permissible range of alternatives. I do not find this evidence to be highly persuasive. Although a number of countries do have such provisions, most democratic countries have minimal or no restrictions on polling information; Lachapelle Study, *supra*, at pp. 52-62. This may be contrasted with the evidence before the Court in *Butler*, *supra*, at p. 497, to the effect that most free and democratic countries had legislation similar to that under scrutiny. Moreover, some of the bans on publication of polling information in other countries extend for very long periods, even the entire election campaign. This suggests that the purpose of those bans may be something other than ensuring that polls are as accurate as possible, which is the only permissible objective under our *Charter*. Where the approach in other countries is variable, or is in some relevant way different from the legislation under scrutiny in Canada, then those legislative measures must be examined more closely to determine their precise purpose and whether those purposes are of persuasive force here. Not only may the social context be quite different from that in Canada, but also the legal context within which measures restricting the

évident qu'une disposition qui interdirait la publication des sondages non accompagnés de données méthodologiques porterait moins atteinte à la liberté d'expression qu'une interdiction de publier de l'information touchant les sondages durant une période cruciale. Dans le premier cas, celui qui désire s'exprimer a un choix à faire: s'il choisit de se plier aux conditions prescrites, il peut s'exprimer. Dans le cas de l'interdiction, il n'a pas ce choix: l'information ne peut être communiquée, peu importe ce qu'il aurait décidé. En disant cela, je tiens à préciser que je ne me prononce pas sur la constitutionnalité d'une telle disposition. Je rejette simplement l'argument de l'intimé selon lequel la disposition existante est la mesure la moins attentatoire que le gouvernement pouvait retenir pour réaliser son objectif.

L'intimé a invoqué l'existence d'embargos semblables sur les sondages d'opinion dans d'autres pays démocratiques au soutien de son argument que cette mesure fait partie des solutions permises. Je ne trouve pas cette preuve très convaincante. Même si un certain nombre de pays ont effectivement adopté de telles dispositions, la plupart des pays démocratiques ne limitent que très peu ou pas du tout l'information touchant les sondages: Étude Lachapelle, *op. cit.*, aux pp. 61 à 72. On peut comparer cette preuve avec celle qui a été soumise à notre Cour dans *Butler*, précité, à la p. 497, et qui établissait que la plupart des pays libres et démocratiques possédaient des textes législatifs de la nature de celui en litige dans cette affaire. En outre, les interdictions de publication visant l'information touchant les sondages en vigueur dans certains pays sont de très longue durée, s'étendant dans certains cas à toute la campagne électorale. Ce fait suggère qu'ils n'ont peut-être pas pour objet d'assurer la publication des sondages les plus exacts possible, seul objectif autorisé sous le régime de notre *Charte*. Quand la solution adoptée dans d'autres pays varie ou est, sous quelque aspect pertinent, différente de la loi contestée au Canada, les mesures législatives étrangères doivent être étudiées plus attentivement afin de dégager leur objectif précis et de déterminer si cet objectif

freedom of speech are evaluated may be dissimilar. In the absence of some consensus in the international context, or of evidence explaining why the provisions adopted in some other free and democratic countries are compelling given the situation in Canada, the experience of some other countries as a justification under s. 1 should not be accorded great weight. This is no more than to say that the example of those countries which do not have such provisions is of as much weight in evaluating whether the legislation is justified as those which do. The key question, once the divergence of approach in the international community is established, is whether the values of Canadian society — of which the *Charter* itself forms a part — are more in accord with one approach rather than the other. The respondent has not taken this extra step in his analysis of those countries which do have publication bans, and therefore, I find this evidence neutral to the outcome of this case.

a une valeur persuasive au Canada. Non seulement le contexte social peut être complètement différent de celui qui existe au Canada, mais le contexte juridique dans lequel les mesures restreignant la liberté d'expression sont évaluées peut lui aussi être différent. En l'absence d'un certain consensus au niveau international ou de preuve expliquant pourquoi les dispositions adoptées dans d'autres pays libres et démocratiques ont une valeur persuasive compte tenu de la situation canadienne, il n'y pas lieu d'accorder beaucoup de poids à l'expérience de quelques autres pays en tant que justification dans le cadre de l'article premier. Cela revient tout au plus à dire que, pour décider si le texte de loi est justifié, l'exemple des pays qui ne possèdent pas de telles dispositions a autant de poids que celui des pays qui n'en ont pas. La question clé, une fois établie la divergence des solutions retenues dans le reste du monde, est de savoir si les valeurs de la société canadienne — dont la *Charte* elle-même fait partie — s'accordent mieux avec une solution plutôt qu'une autre. L'intimé n'a pas fait cette démarche supplémentaire dans son analyse de la situation des pays qui ont établi des interdictions de publication, et, par conséquent, j'estime que cette preuve a un effet neutre sur l'issue du présent pourvoi.

122

In summary, I find that the blackout period does not minimally impair the freedom of expression guaranteed in the *Charter*, and is therefore not justified under s. 1. The harm which the legislature is seeking to prevent does not warrant a high degree of deference to the legislature. Unlike the situation in *Butler, Ross, Keegstra*, and *Irwin Toy*, the government is not dealing with a vulnerable group which is in danger of manipulation or abuse because of an essential opposition of interests, or because of the nature of the speech itself. There were other measures which would have achieved the government's purpose equally well or even better than the publication ban, and which would have been far less intrusive to the freedom of expression. Finally, the experience of the international community is inconclusive.

En résumé, je suis d'avis que l'embargo n'est pas une atteinte minimale à la liberté d'expression garantie par la *Charte* et qu'il n'est donc pas justifié au sens de l'article premier. Le préjudice que le législateur cherche à prévenir ne justifie pas de faire montre d'un degré élevé de retenue envers ce dernier. Contrairement à la situation dans les arrêts *Butler, Ross, Keegstra* et *Irwin Toy*, le gouvernement n'est pas concerné par un groupe vulnérable, qui risque d'être victime de manipulation ou d'abus en raison d'un choc fondamental d'intérêts ou de la nature du discours en cause lui-même. Il existe d'autres mesures qui auraient permis de réaliser l'objectif du gouvernement et ce tout aussi bien, voire encore mieux que l'interdiction de publication, et qui auraient été beaucoup moins attentatoires à la liberté d'expression. Finalement, l'expérience au niveau international n'est pas concluante.

6. Proportionality Between the Deleterious Effects and the Benefits of the Ban

The third stage of the proportionality analysis was originally formulated in *Oakes, supra*, at p. 140, as ensuring a general proportionality between the measures and the pressing and substantial objective of the provision under scrutiny:

Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

This formulation has been criticized as merely duplicating what is already accomplished by the first two stages of the proportionality analysis. As a practical matter, this is confirmed by the jurisprudence of this Court: there appears to be no case in which a measure was justified by the first two steps of the proportionality analysis, but then found unjustified by an application of the third step.

More recent cases have reformulated the third stage of the proportionality analysis in order to give it a distinct scope and function. In *Dagenais, supra*, at pp. 887-88, Lamer C.J. articulated the test as follows:

... I believe that the third step of the second branch of the *Oakes* test requires both that the underlying objective of a measure and the salutary effects that actually result from its implementation be proportional to the deleterious effects the measure has on fundamental rights and freedoms. A legislative objective may be pressing and substantial, the means chosen may be rationally connected to that objective, and less rights-impairing alternatives may not be available. Nonetheless, even if the importance of the objective itself (when viewed in the abstract) outweighs the deleterious effects on protected rights, it is still possible that the actual sal-

6. La proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de l'interdiction

La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité a été formulée pour la première fois dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 140, comme moyen d'assurer une proportionnalité générale entre les mesures et l'objectif urgent et réel de la disposition examinée:

Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Cette formulation a été critiquée parce qu'elle ne ferait que reprendre ce qui est déjà accompli par les deux premières étapes de l'analyse de la proportionnalité. Dans la pratique, cette critique est confirmée par la jurisprudence de notre Cour: il ne semble pas y avoir d'affaire où une mesure dont la justification a été démontrée aux deux premières étapes de l'analyse de la proportionnalité a ensuite été déclarée injustifiée au terme de la troisième étape.

Dans des arrêts plus récents, la troisième étape de l'analyse de la proportionnalité a été reformulée pour lui conférer un champ d'application et un rôle distincts. Dans *Dagenais*, précité, le juge en chef Lamer a énoncé le critère dans les termes suivants, aux pp. 887 et 888:

... j'estime que la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* nécessite que l'objectif qui sous-tend la mesure et les effets bénéfiques qui résultent en fait de sa mise en application soient proportionnels à ses effets préjudiciables sur les libertés et droits fondamentaux. Un objectif législatif peut être urgent et réel, le moyen choisi peut avoir un lien rationnel avec cet objectif, et il se peut qu'il n'existe aucune autre mesure portant moins atteinte aux droits. Néanmoins, et bien que l'importance de l'objectif même (lorsqu'il est considéré dans l'abstrait) l'emporte sur les effets préjudiciables sur les droits garantis, il reste possible que les effets

utary effects of the legislation will not be sufficient to justify these negative effects. [Emphasis in original.]

He went on, at p. 889, to state:

I would, therefore, rephrase the third part of the *Oakes* test as follows: there must be a proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and there must be a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures. [Emphasis in original.]

In my view, the first part of this reformulation is already achieved by virtue of the first two parts of the *Oakes* proportionality test. The subsequent development of the *Oakes* test, particularly the broad contextual approach which has been adopted by this Court since the decision in the *Edmonton Journal* case, ensures that the rational connection and the minimal impairment tests are sufficient to determine whether there is a proportionality between the deleterious effects of a measure, and its objective. Once a determination had been made that there is a pressing and substantial objective behind the infringing measure which may justify some infringement of the *Charter*, then the first and second stages of the *Oakes* proportionality analysis assess whether there is a coherence and an efficiency between those measures and the justified purpose. The relevant efficiency measured at the second stage of the proportionality analysis is whether it infringes on the *Charter* right to the minimum extent possible while still fulfilling the justified purpose.

bénéfiques réels de la disposition législative ne soient pas suffisants pour justifier ces effets négatifs. [Souligné dans l'original.]

Il a ajouté ceci, à la p. 889:

Je reprendrais donc la troisième partie du critère *Oakes* comme suit: il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques. [Souligné dans l'original.]

À mon avis, l'objet de la première partie de cette reformulation est déjà accompli par les deux premiers éléments du critère de la proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. Le développement ultérieur du critère établi dans *Oakes*, en particulier l'analyse largement contextuelle retenue par notre Cour depuis l'arrêt *Edmonton Journal*, fait en sorte que les critères du lien rationnel et de l'atteinte minimale sont suffisants pour permettre de décider s'il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables d'une mesure et l'objectif visé par celle-ci. Une fois qu'il est jugé que la mesure attentatoire vise un objectif urgent et réel susceptible de justifier une certaine atteinte à la *Charte*, les première et deuxième étapes de l'analyse de la proportionnalité prévue par l'arrêt *Oakes* permettent alors de statuer sur la cohérence et l'efficacité de la mesure et de l'objectif justifié. Pour mesurer l'efficacité à la deuxième étape de l'analyse de la proportionnalité, on se demande si la mesure porte le moins possible atteinte à un droit garanti par la *Charte* tout en permettant de réaliser l'objectif justifié.

La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité joue un rôle fondamentalement distinct. L'examen de la disposition en cause, afin de déterminer si elle repose sur un objectif urgent et réel, se fait nécessairement dans l'abstrait, avant l'analyse de la nature précise de la mesure législative et de son effet sur le droit garanti par la *Charte*. Évidemment, il faut, pour dégager cet objectif, étudier l'effet concret de la disposition ainsi que la preuve documentaire concernant l'effet que recherchait le législateur. De plus, l'objectif pertinent de la disposition est l'objectif particulier qui restreint le droit garanti par la *Charte*. Cependant, l'objectif doit néanmoins être formulé en termes abstraits,

The third stage of the proportionality analysis performs a fundamentally distinct role. Determining whether there is a pressing and substantial objective behind the provision under scrutiny necessarily occurs in the abstract, before the specific nature of the legislation and its impact on the *Charter* right has been analysed. Of course, ascertaining that objective requires a consideration of what the provision actually does, as well as documentary evidence as to what the legislator thought it was doing. Moreover, the relevant purpose is the purpose specific to the provision which limits the *Charter* right. But the purpose must, nevertheless, be articulated abstractly because a purpose is a

goal or outcome which, by definition, may be achieved in different ways. Before the specific effects of the measure in question have been scrutinized and concretized through the first two steps of the proportionality analysis, it is often difficult to assess, in the abstract, the possible impact on *Charter* freedoms of a laudable legislative objective. The focus of the first and second steps of the proportionality analysis is not the relationship between the measures and the *Charter* right in question, but rather the relationship between the ends of the legislation and the means employed. Although the minimal impairment stage of the proportionality test necessarily takes into account the extent to which a *Charter* value is infringed, the ultimate standard is whether the *Charter* right is impaired as little as possible given the validity of the legislative purpose. The third stage of the proportionality analysis provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*. As Professor Jamie Cameron states (“The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, at p. 66):

... this branch of the section 1 analysis asks an important question. By assessing the proportionality of its deleterious effects and salutary benefits it considers, in direct and explicit terms, whether the consequences of the violation are too great when measured against the benefits that may be achieved. As such, it is the only part of the current analysis to acknowledge the harm or cost of justifiable limits: that a constitutional right has been violated.

The deleterious effects which may arise from an infringement of the *Charter* may be general, in the sense that any serious infringement of the right to freedom of expression may impair the climate of free exchange of ideas which is an essential value of our society; or the deleterious effects may be specific, in that a particular benefit which would

car un objectif est un but ou un résultat qui, par définition, peut être réalisé de diverses manières. Avant que les effets précis de la mesure en question aient été examinés à fond puis dégagés à l'issue des deux premières étapes de l'analyse de la proportionnalité, il est souvent difficile d'apprécier, dans l'abstrait, l'effet possible d'un objectif législatif louable sur des libertés garanties par la *Charte*. Les première et deuxième étapes de l'analyse de la proportionnalité ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la *Charte*, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés. Même si l'étape de l'atteinte minimale du critère de la proportionnalité tient nécessairement compte de la mesure dans laquelle il est porté atteinte à une valeur prévue par la *Charte*, la norme qui doit être appliquée en bout de ligne consiste à se demander s'il est porté atteinte le moins possible au droit garanti par la *Charte* compte tenu de la validité de l'objectif législatif. La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité donne l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*. Comme le dit le professeur Jamie Cameron, dans «The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, à la p. 66:

[TRADUCTION] ... ce volet de l'analyse fondée sur l'article premier pose une question importante. L'évaluation de la proportionnalité des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de la violation soulève, directement et explicitement, la question de savoir si les conséquences de celle-ci sont disproportionnées aux avantages pouvant en découler. En tant que tel, ce volet est la seule partie de l'analyse actuelle qui reconnaît le préjudice ou coût des limites justifiables: c'est-à-dire le fait qu'un droit garanti par la Constitution a été violé.

Les effets préjudiciables susceptibles de découler d'une atteinte à la *Charte* peuvent avoir soit un caractère général, en ce sens que toute atteinte grave au droit à la liberté d'expression est susceptible d'altérer le climat de libre échange des idées qui est une valeur essentielle de notre société; soit un caractère particulier, en ce qu'ils font obstacle à

accrue from the speech in question is prevented. Although both of these possible effects will and should be considered in deciding whether there is a pressing and substantial objective of the legislation, the focus at that stage is more in determining whether there is a significant harm which the government is addressing. Comparing the harm which may be prevented with the harm of the infringement itself is a balancing which can most effectively take place within the context of the proportionality analysis.

126

This approach accords with the analysis in *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, where the reformulated proportionality test proposed by Lamer C.J. in *Dagenais*, *supra*, was applied. The issue in *Laba* was the constitutionality of a provision which made it an offence to sell stolen ore unless the defendant could establish that he or she was the lawful owner. This was challenged under s. 11(d) of the *Charter*. Sopinka J. writing for the Court, at p. 1006, found that the specific objective of the provision was “to facilitate the prosecution of offenders given the special problem of proof” regarding the ownership of ore. He also found that the measure was not minimally impairing of s. 11(d) even given the validity of the purpose of the legislation. But he went on to state, at p. 1011:

Even if I were persuaded that the imposition of a legal burden was clearly more effective in achieving Parliament’s objective, I would find that it fails the proportionality test because of the excessive invasion of the presumption of innocence having regard to the degree of advancement of Parliament’s purpose. [Emphasis added.]

This analysis directly addresses the relationship between otherwise justified measures and the extent of harm to the *Charter* right. This weighing exercise necessarily admits of some subjectivity, but this is lessened by the analysis of the purposes, the rationality, and the efficiency of the legislation required by the previous stages of the *Oakes* test.

un avantage déterminé qui découle de la forme d’expression en question. Même si ces deux effets possibles doivent être pris en considération et le sont pour décider si la loi repose sur un objectif urgent et réel, cette étape de l’analyse porte davantage sur la question de savoir si le gouvernement vise à remédier à un préjudice important. Le fait de comparer le préjudice qui peut être évité et le préjudice causé par l’atteinte elle-même est une mise en équilibre qui peut être réalisée avec le plus d’efficacité dans le contexte de l’analyse de la proportionnalité.

Cette méthode concorde avec l’analyse effectuée dans *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, où la Cour a appliqué la reformulation du critère de la proportionnalité proposée par le juge en chef Lamer dans *Dagenais*, précité. Dans *Laba*, la question en litige était la constitutionnalité d’une disposition qui interdisait à toute personne de vendre du minerai volé à moins qu’elle n’établisse qu’elle en est le propriétaire. Cette disposition a été contestée sur le fondement de l’al. 11(d) de la *Charte*. Le juge Sopinka, s’exprimant pour la Cour, a conclu, à la p. 1006, que la disposition avait précisément pour but «de faciliter les poursuites contre les contrevenants, compte tenu du problème de preuve» en ce qui concerne la propriété du minerai. Il a en outre conclu que la mesure ne portait pas atteinte le moins possible à l’al. 11(d), même en tenant compte de la validité de l’objectif de la disposition législative. Toutefois, il a ajouté ceci, à la p. 1011:

Même si j’étais convaincu qu’il serait nettement plus efficace d’imposer une charge ultime pour atteindre l’objectif du législateur, j’arriverais à la conclusion que cela ne satisfait pas au critère de proportionnalité à cause de l’empiétement excessif sur la présomption d’innocence compte tenu de la contribution à la réalisation de l’objectif du législateur. [Je souligne.]

Cette analyse porte directement sur le rapport entre des mesures par ailleurs justifiées et l’étendue du préjudice causé au droit garanti par la *Charte*. Cette mise en balance souffre nécessairement d’une certaine subjectivité, mais cette lacune est atténuée par l’analyse des objectifs, du lien rationnel et de l’efficacité de la disposition législative qui est requise par les volets précédents du critère de l’arrêt *Oakes*.

The impact on freedom of expression in this case is profound. This is a complete ban on political information at a crucial time in the electoral process. The ban interferes with the rights of voters who want access to the most timely polling information available, and with the rights of the media and pollsters who want to provide it. It is an interference with the flow of information pertaining to the most important democratic duty which most Canadians will undertake in their lives: their choice as to who will govern them. Such a polling ban also sends the message that the media in their role as a reporter of information, and not as an advertiser, can be muzzled by the government. Rather than approaching the problem of inaccurate polls as a question of too little information, or added incentives for preventing the publication of inaccurate polls, the government constrains the range of evaluations that a voter is permitted to make in fulfilling their sacred democratic function as a citizen. It justifies such a measure on the basis that some indeterminate number of voters might be unable to spot an inaccurate poll result and might rely to a significant degree on the error, thus perverting their electoral choice.

In my analysis above, I have found that despite the many factors militating against the realization of this misinformed choice, including the presence of many other polls in the public domain both prior to and concurrent with the erroneous poll, such a scenario is conceivable for a small number of voters. However, in my view, the government cannot take the most uninformed and naïve voter as the standard by which constitutionality is assessed. To quote the words of Frankfurter J. speaking in another context: “The incidence of this enactment is to reduce the adult population of Michigan to reading only what is fit for children” (*Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957), at p. 383). Just as Frankfurter J. could not accept that the standard of indecency for adults should be

Dans le présent cas, l’effet sur la liberté d’expression est profond. Il s’agit d’une interdiction complète visant de l’information politique à un moment crucial du processus électoral. Cette interdiction porte atteinte, d’une part, aux droits des électeurs qui veulent avoir accès à l’information la plus à-propos disponible en matière de sondage, et, d’autre part, aux droits des médias et des sondeurs qui désirent fournir cette information. Il s’agit d’une atteinte à la circulation d’information se rapportant à la fonction démocratique la plus importante dont s’acquittent la plupart des Canadiens au cours de leur vie: le choix de ceux qui vont les gouverner. De plus, le message que transmet une telle interdiction de publication des sondages est que les médias, non pas en tant que publicitaires, mais en tant que communicateurs d’information, peuvent être muselés par le gouvernement. Plutôt que de considérer le problème des sondages inexact comme un problème d’insuffisance d’information ou de besoin d’incitatifs supplémentaires afin de prévenir la publication de sondages inexact, le gouvernement limite l’éventail des évaluations que les électeurs sont autorisés à faire dans l’accomplissement de leur devoir démocratique sacré de citoyens. Il justifie pareille mesure en soutenant qu’un nombre indéterminé d’électeurs pourraient être incapables de déceler des résultats de sondage inexact et pourraient, dans une mesure importante, s’appuyer sur l’erreur, ce qui fausserait leur choix électoral.

Dans l’analyse qui précède, j’ai conclu que, malgré les nombreux facteurs qui tendent à empêcher un tel choix mal éclairé de se concrétiser, notamment la présence de nombreux autres sondages dans le domaine public tant avant le sondage erroné que simultanément, un tel scénario est concevable à l’égard d’un petit nombre d’électeurs. Toutefois, je suis d’avis que le gouvernement ne peut pas faire de l’électeur le moins informé et le plus naïf la norme au regard de laquelle la constitutionnalité doit être appréciée. Pour reprendre les propos formulés par le juge Frankfurter, dans un autre contexte: [TRADUCTION] «L’effet de ce texte de loi est de condamner la population adulte du Michigan à ne lire que ce qui est convenable pour les enfants» (*Butler c. Michigan*, 352 U.S. 380

determined according to the vulnerability of a child, nor can I accept here a measure which decides that information which is desired and can be rationally and properly assessed by the vast majority of the voting electorate should be withheld because of a concern that a very few voters might be so confounded that they would cast their vote for a candidate whom they would not have otherwise preferred. That is to reduce the entire Canadian public to the level of the most unobservant and naïve among us. This concern is also very remote from any danger that the guarantee of effective representation will be undermined.

129

My view is that, given the state of the evidence before the Court on this issue, the postulated harm will seldom occur. The benefits of the ban are, therefore, marginal. The deleterious effects are substantial. First, the ban sends the general message that the media can be constrained by government not to publish factual information. Second, it interferes with the reporting function of the media with respect to the election, which is an interference with the freedom of the media when its participation is most crucial to self-governance. These are the deleterious effects as they relate to the freedom of the speaker. But third, the ban denies access to electoral information which some voters may consider very useful in deciding their vote. If they feel that their votes are better informed as a result of having this information, then the ban not only interferes with their freedom of expression, but with their perception of the freeness and validity of their vote. This undermines the very faith in the electoral process which the government suggests is one of the rationales for this ban.

130

In my view, the doubtful benefits of this ban are outweighed by its significant and tangible deleterious

(1957), à la p. 383). Tout comme le juge Frankfurter ne pouvait accepter que, dans le cas des adultes, la norme en matière d'indécence soit déterminée en fonction de la vulnérabilité des enfants, je ne peux accepter, en l'espèce, une mesure disposant que des renseignements qui sont désirés et qui peuvent être évalués rationnellement et adéquatement par la vaste majorité des électeurs ne peuvent être communiqués parce qu'on craint qu'un très petit nombre d'entre eux pourraient être à ce point décontenancés par ces renseignements qu'ils voteraient pour un candidat qu'ils n'auraient pas appuyé autrement. Cela revient à réduire l'entière population canadienne au niveau des moins perspicaces et des plus naïfs d'entre nous. Cette préoccupation est également très éloignée de tout danger d'atteinte à la garantie de représentation effective.

Je suis d'avis que, compte tenu de la preuve devant notre Cour sur cette question, le préjudice qui a été posé en postulat ne se produit que rarement. Les avantages de l'interdiction sont par conséquent minimes. Les effets préjudiciables sont considérables. Premièrement, l'interdiction transmet le message général que les médias peuvent être empêchés par le gouvernement de publier de l'information factuelle. Deuxièmement, il entrave le rôle de communicateurs de l'information des médias en période électorale, ce qui constitue une atteinte à la liberté d'expression des médias au moment où leur participation revêt une importance cruciale pour la démocratie. Voilà quels sont les effets préjudiciables par rapport à la liberté d'expression de la personne qui s'exprime. Mais, troisièmement, l'interdiction nie l'accès à une information électorale que certains électeurs peuvent considérer très utile pour arrêter leur choix. S'ils estiment que leur vote est plus éclairé parce qu'ils disposent de cette information, alors l'interdiction porte non seulement atteinte à leur liberté d'expression, mais également à leur perception que leur vote est libre et valide. Cette situation mine la confiance même dans le processus électoral qui, au dire du gouvernement, est précisément l'un des objectifs de l'interdiction.

À mon avis, les effets préjudiciables importants et tangibles de l'interdiction l'emportent sur ses

rious effects and therefore is not justified under the third stage of the proportionality analysis. The very serious invasion of the freedom of expression of all Canadians is not outweighed by the speculative and marginal benefits postulated by the government. This is not to say that there is no possibility for Parliament to legislate with regard to the dangers that represent bad polls. As mentioned earlier, the present legislation was found to be defective not with regard to its purpose, but with regard to the fact that the means chosen to carry out that purpose did not satisfy the minimal impairment and proportionality tests.

VII. Disposition

I find that s. 322.1 of the *Canada Elections Act* infringes s. 2(b) of the *Charter* and that it is not a reasonable limit on freedom of expression under s. 1. Accordingly, I would allow the appeal with costs and declare s. 322.1 of the *Canada Elections Act* to be inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect by reason of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. I would answer the constitutional questions in the following manner:

1. Does s. 322.1 of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, as amended, infringe s. 2(b) and/or s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes with respect to s. 2(b), and no comment with respect to s. 3.

2. If s. 322.1 of the *Canada Elections Act* infringes s. 2(b) and/or s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 322.1 a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

avantages douteux, et elle n'est donc pas justifiée selon le troisième volet de l'analyse de la proportionnalité. L'atteinte très grave à la liberté d'expression de tous les Canadiens n'est pas écartée par les avantages hypothétiques minimes avancés par le gouvernement. Ce qui ne veut pas dire qu'il est impossible au législateur de légiférer à l'égard des dangers que créent les mauvais sondages. Comme je l'ai dit plus tôt, la loi existante a été jugée défectueuse au regard non pas de son objectif, mais plutôt du fait que les moyens choisis pour réaliser cet objectif ne satisfont pas aux critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité.

VII. Le dispositif

J'arrive à la conclusion que l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* et qu'il n'est pas une limite raisonnable à la liberté d'expression au sens de l'article premier. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi avec dépens et déclarerais l'art. 322.1 de la *Loi électorale du Canada* incompatible avec la *Charte* et par conséquent inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, et ses modifications, contrevient-il à l'al. 2b) ou à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou aux deux à la fois?

Réponse: Oui pour ce qui est de l'al. 2b), mais aucun commentaire pour ce qui est de l'art. 3.

2. Si l'article 322.1 de la *Loi électorale du Canada* contrevient à l'al. 2b) ou à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou aux deux à la fois, constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Appeal allowed with costs, LAMER C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Sydney L. Goldenberg, Toronto.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge en chef LAMER et les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureurs des appelantes: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Arvay Finlay, Victoria.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Sydney L. Goldenberg, Toronto.

Jacques Bernier *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BERNIER

File No.: 26219.

1998: May 26.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Sexual assault — Touching of mentally handicapped persons — Consent — Convictions entered by Court of Appeal upheld.***Statutes and Regulations Cited***Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 273.1 [ad. 1992, c. 38, s. 1].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1997] R.J.Q. 2404, 119 C.C.C. (3d) 467, [1997] Q.J. No. 2889 (QL), allowing the Crown's appeal and finding the accused guilty of sexual assault. Appeal dismissed.

Luc Tourangeau and *Pascale Tremblay*, for the appellant.*Paul Roy*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — We are all of the view that the appeal should be dismissed. Even though s. 273.1 of the *Criminal Code* was not in force at the time of the alleged acts, the appellant must be convicted based on the evidence in this case.

The appeal is accordingly dismissed.

Jacques Bernier *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BERNIER

N° du greffe: 26219.

1998: 26 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Agression sexuelle — Attouchements sur des personnes handicapées mentalement — Consentement — Déclarations de culpabilité prononcées par la Cour d'appel confirmées.***Lois et règlements cités***Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 273.1 [aj. 1992, ch. 38, art. 1].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1997] R.J.Q. 2404, 119 C.C.C. (3d) 467, [1997] A.Q. n° 2889 (QL), qui a accueilli l'appel du ministère public et déclaré l'accusé coupable d'agressions sexuelles. Pourvoi rejeté.

Luc Tourangeau et *Pascale Tremblay*, pour l'appelant.*Paul Roy*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel. Même si l'article 273.1 du *Code criminel* n'était pas en vigueur au moment des actes reprochés, la preuve dans la présente affaire conduit nécessairement à une déclaration de culpabilité de l'appelant.

L'appel est en conséquence rejeté.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Girard, Allard & Associés, Chicoutimi.

Solicitor for the respondent: The Attorney General's Prosecutor, Chicoutimi.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Girard, Allard & Associés, Chicoutimi.

Procureur de l'intimée: Le substitut du Procureur général, Chicoutimi.

William Mullins-Johnson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MULLINS-JOHNSON

File No.: 25860.

1998: May 26.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Trial judge adequately explaining defence position to jury.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 31 O.R. (3d) 660, 96 O.A.C. 212, 112 C.C.C. (3d) 117, [1996] O.J. No. 4459 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal dismissed.

Michael Lomer, for the appellant.

Scott C. Hutchison and *Philip Downes*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This is an appeal as of right. We are all of the view that this appeal be dismissed for the reasons of the majority of the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Lomer, Frost, Toronto.

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

William Mullins-Johnson *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MULLINS-JOHNSON

N° du greffe: 25860.

1998: 26 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Juge du procès expliquant suffisamment au jury le point de vue de la défense.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 31 O.R. (3d) 660, 96 O.A.C. 212, 112 C.C.C. (3d) 117, [1996] O.J. No. 4459 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Michael Lomer, pour l'appelant.

Scott C. Hutchison et *Philip Downes*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Nous sommes tous d'avis de le rejeter pour les motifs exprimés par la Cour d'appel à la majorité.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Lomer, Frost, Toronto.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jody Keith Druken *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DRUKEN

File No.: 26254.

1998: May 27.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Criminal law — Jurisdiction — Appeal — Pre-trial decision to remove counsel not going to jurisdiction — Decision to be reviewed after trial through normal appeal process.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 93, 486 A.P.R. 93, [1997] N.J. No. 231 (QL), dismissing the Crown's application to quash the accused's appeal from a decision of the Newfoundland Supreme Court, Trial Division removing his counsel as counsel of record for conflict of interest. Appeal allowed.

Wayne Gorman, for the appellant.

R. Barry Learmonth, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ THE CHIEF JUSTICE — The decision to remove counsel does not go to jurisdiction. The issue as to whether there is an appeal on a jurisdictional ground is not before us. The decision to remove counsel is to be reviewed after the trial through the normal appeal process set out by the *Criminal Code*.

² We are all in substantial agreement with the reasons of Cameron J.A. of the Court of Appeal of Newfoundland and accordingly the appeal is

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jody Keith Druken *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. DRUKEN

N° du greffe: 26254.

1998: 27 mai.

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

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

Droit criminel — Compétence — Appel — La décision antérieure au procès de révoquer un avocat ne touche pas à la compétence et doit être examinée après le procès selon le processus normal d'appel.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 93, 486 A.P.R. 93, [1997] N.J. No. 231 (QL), qui a rejeté la demande du ministère public visant à faire annuler l'appel de l'accusé contre une décision de la Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance, de révoquer son avocat comme avocat commis au dossier pour cause de conflit d'intérêts. Pourvoi accueilli.

Wayne Gorman, pour l'appelante.

R. Barry Learmonth, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — La décision de révoquer un avocat ne touche pas à la compétence. Nous ne sommes pas saisis de la question de savoir s'il y a appel pour un motif de compétence. La décision de révoquer un avocat doit être examinée après le procès et selon le processus normal d'appel prévu par le *Code criminel*.

Nous souscrivons tous, pour l'essentiel, aux motifs du juge Cameron de la Cour d'appel de Terre-Neuve et le pourvoi est donc accueilli,

allowed, the order of the Court of Appeal is set aside and the Crown's application to strike the appeal is allowed. The matter is remitted to the Trial Court to proceed according to law.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Wayne Gorman, St. John's.

Solicitors for the respondent: Learmonth, Dunne & Clarke, St. John's.

l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et la demande du ministère public en vue de faire radier l'appel est accueillie. L'affaire est renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il l'instruise conformément à la loi.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Wayne Gorman, St. John's.

Procureurs de l'intimé: Learmonth, Dunne & Clarke, St. John's.

George Abdallah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ABDALLAH

File No.: 26028.

1998: May 29.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Credibility — Accused convicted of sexual assault and unlawful confinement — Court of Appeal not erring in upholding verdict.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1997] O.J. No. 2055 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction of sexual assault and unlawful confinement. Appeal dismissed.

Marie Henein, for the appellant.

Howard Leibovich, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 L'HEUREUX-DUBÉ J. — In spite of your eloquent argument and efforts on behalf of the appellant, Ms. Henein, we are ready to render judgment and, for the reasons of the majority of the Court of Appeal, we are of the view that this appeal as of right fails.

2 Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Greenspan & Associates, Toronto.

George Abdallah *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ABDALLAH

N° du greffe: 26028.

1998: 29 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie.

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

Droit criminel — Preuve — Crédibilité — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et de séquestration — Verdict confirmé à juste titre par la Cour d'appel.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1997] O.J. No. 2055 (QL), ayant rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle et séquestration. Pourvoi rejeté.

Marie Henein, pour l'appelant.

Howard Leibovich, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Malgré votre éloquente plaidoirie et les efforts que vous avez déployés pour le compte de l'appelant, M^e Henein, nous sommes prêts à rendre jugement et, pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel, nous sommes d'avis que le présent appel de plein droit ne saurait être accueilli.

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Greenspan & Associates, Toronto.

*Solicitor for the respondent: Howard Leibovich,
Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Howard Leibovich,
Toronto.*

Veluppillai Pushpanathan (Pushpanathan Veluppillai) *Appellant*

v.

The Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and

The Canadian Council for Refugees
Intervener

INDEXED AS: PUSHPANATHAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

File No.: 25173.

1997: October 9; 1998: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Standard of review — Immigration and Refugee Board — Standard of review applicable to Board's decision.

Immigration — Convention refugee — Exclusion — Refugee Convention not applicable to those who are "guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations" — Individual guilty of serious narcotics offence in Canada claiming refugee status — Whether claim for refugee status should be denied — Meaning of phrase "guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations" — Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, Art. 1F(c).

In 1985, the appellant claimed refugee status under the UN *Convention Relating to the Status of Refugees* ("Convention"), as implemented by the *Immigration Act*, but his claim was never adjudicated as he was granted permanent residence status in Canada under an administrative program. The appellant was later arrested in Canada and charged with conspiracy to traffic in a narcotic. At the time of his arrest, he was a member of a group in possession of heroin with a street value of some \$10 million. He pleaded guilty and was sentenced

*Sopinka J. took no part in the judgment.

Veluppillai Pushpanathan (Pushpanathan Veluppillai) *Appelant*

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration *Intimé*

et

Le Conseil canadien pour les réfugiés *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: PUSHPANATHAN c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)

N° du greffe: 25173.

1997: 9 octobre; 1998: 4 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Norme de contrôle — Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Norme de contrôle applicable à une décision de la Commission.

Immigration — Convention relative au statut des réfugiés — Exclusion — Inapplication de la Convention relative au statut des réfugiés aux personnes qui «se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies» — Revendication du statut de réfugié par une personne reconnue coupable au Canada d'une grave infraction liée aux stupéfiants — La revendication du statut de réfugié devrait-elle être rejetée? — Sens des mots «coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies» — Convention relative au statut des réfugiés des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1F(c).

En 1985, l'appelant a revendiqué le statut de réfugié aux termes de la *Convention relative au statut des réfugiés* des NU («Convention»), mise en œuvre par la *Loi sur l'immigration*, mais sa demande n'a été l'objet d'aucune décision car il s'est vu reconnaître le statut de résident permanent en application d'un programme administratif. L'appelant a ultérieurement été arrêté au Canada et accusé de complot en vue de faire le trafic d'un stupéfiant. Au moment de son arrestation, il faisait partie d'un groupe qui avait en sa possession une quan-

*Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

to eight years in prison. In 1991, the appellant, then on parole, renewed his claim for Convention refugee status. Employment and Immigration Canada subsequently issued a conditional deportation order against him under ss. 27(1)(d) and 32.1(2) of the Act. Since the deportation pursuant to those sections is conditional upon a determination that the claimant is not a Convention refugee, the appellant's claim was referred to the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board. The Board decided that the appellant was not a refugee by virtue of the exclusion clause in Art. 1F(c) of the Convention, which provides that the provisions of the Convention do not apply to a person who "has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations". The Federal Court, Trial Division dismissed the appellant's application for judicial review and certified the following as a serious question of general importance for consideration: Is it an error of law for the Refugee Division to interpret Art. 1F(c) of the Convention to exclude from refugee status an individual guilty of a serious narcotics offence committed in Canada? The Federal Court of Appeal answered "no" and upheld the judgment of the Trial Division.

Held (Cory and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Bastarache JJ.: A pragmatic and functional analysis of the *Immigration Act* leads to the conclusion that, in this case, the correctness standard should be applied to the Board's decision. The use of the words "a serious question of general importance" in s. 83(1) of the Act is the key to the legislative intention as to the standard of review. The general importance of the question — that is, its applicability to numerous future cases — warrants the review by a court of justice. Moreover, the purpose of Art. 1F(c) of the Convention is to protect human rights and the Board appears to enjoy no relative expertise in that matter. The Board's expertise is in accurately evaluating whether the criteria for refugee status have been met and, in particular, in assessing the nature of the risk of persecution faced by the applicant if returned to his country of origin. The relationship between the Board's expertise and Art. 1F(c) is thus remote. Nor is there any indication that the Board's experience with

tité d'héroïne dont la valeur marchande était d'environ 10 millions de dollars. Il a plaidé coupable et a été condamné à huit années d'emprisonnement. En 1991, l'appellant, qui bénéficiait alors d'une libération conditionnelle, a renouvelé sa demande de reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention. Subséquemment, Emploi et Immigration Canada a pris une mesure d'expulsion conditionnelle à son endroit en vertu de l'al. 27(1)d) et du par. 32.1(2) de la Loi. Comme l'expulsion visée par ces dispositions est subordonnée au rejet de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, la demande de l'appellant a été déferée à la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. La Commission a décidé que l'appellant n'était pas un réfugié en raison de l'exclusion prévue à la section Fc) de l'article premier de la Convention, qui prévoit que les dispositions de la Convention ne s'appliquent pas aux personnes qui «se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies». La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appellant et elle a certifié ce qui suit comme question grave de portée générale à être examinée par la Cour d'appel: La Section du statut de réfugié commet-elle une erreur de droit en interprétant la section Fc) de l'article premier de la Convention de manière à exclure du statut de réfugié un individu coupable d'une grave infraction liée aux stupéfiants qui a été commise au Canada? La Cour d'appel fédérale a répondu par la négative et elle a confirmé le jugement de la Section de première instance.

Arrêt (les juges Cory et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Bastarache: Il s'agit d'une analyse pragmatique et fonctionnelle de la *Loi sur l'immigration* qu'il y a lieu en l'espèce d'apprécier la décision de la Commission selon la norme de la décision correcte. L'élément clé de l'intention du législateur quant à la norme de contrôle est l'utilisation, au par. 83(1) de la Loi, des mots «une question grave de portée générale». La portée générale de la question, c'est-à-dire son applicabilité à un grand nombre de cas dans le futur, justifie son examen par une cour de justice. Au surplus, la section Fc) de l'article premier de la Convention a pour objectif la protection des droits de la personne, et la Commission ne semble avoir aucune expertise relative dans ce domaine. L'expertise de la Commission consiste à apprécier de façon exacte si les critères nécessaires pour obtenir le statut de réfugié ont été respectés et, plus particulièrement, à apprécier la nature du risque de persécution auquel sera confronté le demandeur s'il est renvoyé dans son pays

previous factual determinations of risk of persecution gives it any added insight into the meaning or desirable future development of that provision. The legal principle here is easily separable from the undisputed facts of the case and would undoubtedly have a wide precedential value. The factual expertise enjoyed by the Board does not aid it in the interpretation of this general legal principle. Furthermore, the Board itself is not responsible for policy evolution. Finally, the absence of a strong privative clause is another factor militating against deference.

Since the purpose of the *Immigration Act* incorporating Art. 1F(c) is to implement the underlying Convention, an interpretation consistent with Canada's obligations under the Convention must be adopted. The wording of the Convention and the rules of treaty interpretation are therefore applicable to determine the meaning of Art. 1F(c) in domestic law. The general words "purposes and principles of the United Nations" in Art. 1F(c) are not so unambiguous as to foreclose examination of other indications of the proper scope of the provision. The purpose and context of the Convention as a whole, as well as the purpose of the individual provision in question as suggested by the *travaux préparatoires*, provide helpful interpretative guidelines.

The Convention has a human rights character. While Art. 1 of the Convention defines who is a refugee, the general purpose of Art. 1F is to exclude *ab initio* those who are not *bona fide* refugees at the time of their claim for refugee status. The purpose of Art. 33 of the Convention, by contrast, is to allow for the *refoulement* of a *bona fide* refugee to his native country where he poses a danger to the security of the country of refuge, or to the safety of the community. Although all of the acts described in Art. 1F could presumably fall within the grounds for *refoulement* described in Art. 33, the two are distinct. Article 1F(c) is not limited to acts performed outside the country of refuge. The relevant criterion under Art. 1F(c) is the time at which refugee status is obtained and any act performed before a person has obtained that status must be considered relevant pursuant to Art. 1F(c). The rationale of Art. 1F of the Convention is that those who are responsible for the persecution which creates refugees should not enjoy the benefits of a convention designed to protect those refu-

d'origine. Le lien entre l'expertise de la Commission et la section Fc) de l'article premier est donc ténu. Et rien n'indique que l'expérience acquise par la Commission en matière de détermination factuelle du risque de persécution lui donne quelque connaissance supplémentaire du sens ou de l'évolution souhaitable de cette disposition. En l'espèce, le principe de droit peut aisément être séparé des faits non contestés de l'affaire et aurait sans aucun doute une grande valeur comme précédent. L'expertise factuelle dont jouit la Commission ne lui est d'aucun secours pour l'interprétation de ce principe de droit général. En outre, la Commission elle-même n'est pas responsable de l'élaboration des politiques. Enfin, l'absence d'une clause privative stricte est un autre facteur qui milite contre la retenue judiciaire.

Comme l'objet de l'intégration de la section Fc) de l'article premier à la *Loi sur l'immigration* est de mettre en œuvre la Convention sous-jacente, il convient d'adopter une interprétation compatible avec les obligations du Canada en vertu de la Convention. On aura donc recours au texte de la Convention et aux règles d'interprétation des traités pour déterminer le sens de la section Fc) de l'article premier en droit interne. En raison de leur généralité, les mots «aux buts et aux principes des Nations Unies» employés à la section Fc) de l'article premier ne sont pas clairs au point d'interdire tout examen des autres indications quant au sens à donner à cette disposition. L'examen de l'objet et du contexte de la Convention dans son ensemble, ainsi que de l'objet de la disposition en cause tel qu'il ressort des *travaux préparatoires*, peut guider utilement l'interprétation.

La Convention est un instrument de défense des droits de la personne. Bien que l'article premier de la Convention définit le terme «réfugié», l'objet général de la section F de l'article premier est d'exclure *ab initio* ceux qui ne sont pas des réfugiés authentiques au moment de la présentation de leur revendication. À l'opposé, l'objet de l'art. 33 de la Convention est de permettre le *refoulement* d'un réfugié authentique vers son pays natal s'il constitue un danger pour le pays d'accueil ou pour la communauté. Bien que tous les actes visés à la section F de l'article premier puissent vraisemblablement être assimilés aux motifs de *refoulement* visés à l'art. 33, ce sont des dispositions distinctes. La section Fc) de l'article premier ne s'applique pas qu'aux actes commis en dehors du pays d'accueil. Le critère pertinent en ce qui concerne la section Fc) de l'article premier est le moment où le statut de réfugié a été reconnu, et tout acte accompli avant qu'une personne ait obtenu ce statut doit être tenu pour pertinent au regard de la section Fc) de l'article premier. La raison d'être de la section F de

gees. In the light of the general purposes of the Convention and the indications in the *travaux préparatoires* as to the relative ambit of Arts. 1F(a) and 1F(c), the purpose of Art. 1F(c) is to exclude those individuals responsible for serious, sustained or systemic violations of fundamental human rights which amount to persecution in a non-war setting. Article 1F(c) may be applicable to non-state actors. Although it may be more difficult for a non-state actor to perpetrate human rights violations on a scale amounting to persecution without the state thereby implicitly adopting those acts, the possibility should not be excluded *a priori*.

Article 1F(c) will thus be applicable where there is consensus in international law that particular acts constitute sufficiently serious and sustained violations of fundamental human rights as to amount to persecution, or are explicitly recognized as contrary to the UN purposes and principles. First, where a widely accepted international agreement or UN resolution explicitly declares that the commission of certain acts is contrary to the UN purposes and principles, then there is a strong indication that those acts will fall within Art. 1F(c). Where such declarations or resolutions represent a reasonable consensus of the international community, then that designation should be considered determinative. A second category of acts which fall within the scope of Art. 1F(c) are those which a court is able, for itself, to characterize as serious, sustained and systemic violations of fundamental human rights constituting persecution. Where the rule which has been violated is very near the core of the most valued principles of human rights and is recognized as immediately subject to international condemnation and punishment, then even an isolated violation could lead to an exclusion under Art. 1F(c). The status of a violated rule as a universal jurisdiction offence would be a compelling indication that even an isolated violation constitutes persecution. A serious and sustained violation of human rights amounting to persecution may also arise from a particularly

l'article premier de la Convention est que ceux qui sont responsables d'une persécution qui crée des réfugiés ne doivent pas pouvoir invoquer à leur profit une convention conçue pour protéger ces réfugiés. Étant donné les objectifs généraux de la Convention et les indications tirées des travaux préparatoires quant à la portée relative des sections Fa) et Fc) de l'article premier, l'objet de la section Fc) de l'article premier est d'exclure les personnes responsables de violations graves, soutenues ou systémiques des droits fondamentaux de la personne qui constituent une persécution dans un contexte qui n'est pas celui de la guerre. La section Fc) de l'article premier peut s'appliquer à une personne qui n'agit pas au nom de l'État. Quoiqu'il soit plus difficile pour celui qui n'agit pas au nom de l'État de perpétrer des violations des droits de la personne à une échelle suffisante pour constituer une persécution sans la complaisance implicite de l'État, il ne faut pas écarter cette possibilité *a priori*.

La section Fc) de l'article premier s'applique donc lorsqu'il y a consensus en droit international sur des agissements particuliers qui sont tenus pour être des violations suffisamment graves et soutenues des droits fondamentaux de la personne pour constituer une persécution, ou qui sont explicitement reconnus comme contraires aux buts et aux principes des NU. Premièrement, lorsqu'un accord international généralement accepté ou une résolution des NU déclare explicitement que certains agissements sont contraires aux buts et aux principes des NU, cela constitue une forte indication que ces agissements sont visés par la section Fc) de l'article premier. Lorsque de telles déclarations ou résolutions représentent un consensus raisonnable de la communauté internationale, il convient de considérer pareille désignation comme décisive. La deuxième catégorie d'agissements visés par la section Fc) de l'article premier comprend ceux qu'un tribunal peut lui-même reconnaître comme des violations graves, soutenues et systémiques des droits fondamentaux de la personne constituant une persécution. Lorsque la règle violée est assimilable aux principes fondamentaux les plus sacrés des droits de la personne et que sa transgression est reconnue comme immédiatement sujette à la réprobation et au châtement de la communauté internationale, alors même une violation isolée peut entraîner une exclusion fondée sur la section Fc) de l'article premier. Le fait que la violation soit considérée comme une infraction justiciable des tribunaux dans tous les États serait une indication persuasive que même une violation isolée constitue une persécution. Une violation grave et soutenue des droits de la personne constituant une persécution peut se dégager en outre d'une situation de fait particulièrement

egregious factual situation, including the extent of the complicity of the claimant.

Conspiring to traffic in a narcotic is not a violation of Art. 1F(c). Even though international trafficking in drugs is an extremely serious problem that the UN has taken extraordinary measures to eradicate, in the absence of clear indications that the international community recognizes drug trafficking as a sufficiently serious and sustained violation of fundamental human rights as to amount to persecution, either through a specific designation as an act contrary to the UN purposes and principles, or through international instruments which otherwise indicate that trafficking is a serious violation of fundamental human rights, individuals should not be deprived of the essential protections contained in the Convention for having committed those acts. Article 33 of the Convention and its counterparts in the *Immigration Act*, ss. 53 and 19, are designed to deal with the expulsion of individuals who present a threat to Canadian society, and the grounds for such a determination are wider and more clearly articulated. The Minister, therefore, is not precluded from taking appropriate measures to ensure the safety of Canadians. Lastly, the presence of Art. 1F(b), which excludes from the protection of the Convention a person who has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee, suggests that even a serious non-political crime such as drug trafficking should not be included in Art. 1F(c).

Per Cory and Major JJ. (dissenting): What constitutes an act "contrary to the purposes and principles of the United Nations" for the purposes of the Convention is a question of law. While the Immigration and Refugee Board must be accorded some deference in its findings of fact, that deference should not be extended to a finding on a question of law. The Board cannot be said to have any particular expertise in legal matters. Therefore the issue is whether the Board's decision on the question of law was correct.

The category of acts contrary to the UN purposes and principles should not be restricted to those expressly declared to be so. A domestic tribunal is entitled, upon considering the relevant material, to find that the phrase includes other types of acts. While not every UN initia-

flagrante, y compris de l'importance de la complicité du demandeur.

Le complot en vue de faire le trafic d'un stupéfiant n'est pas une violation visée par la section Fc) de l'article premier. Même si le trafic international des drogues constitue un problème extrêmement grave que les NU ont tenté de résoudre en prenant des mesures extraordinaires, en l'absence d'indications claires que ce trafic est considéré par la communauté internationale comme une violation suffisamment grave et soutenue des droits fondamentaux de la personne pour constituer une persécution, soit parce qu'il a été désigné expressément comme un acte contraire aux buts et aux principes des NU, ou parce qu'il est visé par des instruments internationaux précisant par ailleurs que ce trafic est une violation grave des droits fondamentaux de la personne, des personnes ne doivent pas être privées du bénéfice des protections essentielles contenues dans la Convention pour avoir commis de tels actes. L'article 33 de la Convention et les dispositions de la *Loi sur l'immigration* qui lui font pendant, les art. 53 et 19, prévoient l'expulsion des personnes qui constituent un danger pour la société canadienne, et les motifs justifiant cette mesure ont une portée plus large et sont formulés plus clairement. Le ministre n'est donc pas empêché de prendre les mesures qui s'imposent pour assurer la sécurité des Canadiens. Enfin, l'existence de la section Fb) de l'article premier, qui exclut de la protection de la Convention les personnes qui ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant leur admission dans ce pays à titre de réfugié, semble indiquer que même un crime grave de droit commun, tel le trafic des drogues, ne doit pas être inclus dans la section Fc) de l'article premier.

Les juges Cory et Major (dissidents): La question de savoir ce qui constitue un agissement contraire «aux buts et aux principes des Nations Unies» pour l'application de la Convention est une question de droit. Bien qu'il faille faire preuve d'une certaine retenue à l'égard des conclusions de fait de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, il n'en va pas de même à l'égard de ses conclusions de droit. La Commission ne jouit pas d'une expertise particulière sur le plan juridique. Par conséquent, la question qui se pose est de savoir si la décision que la Commission a rendue relativement à la question de droit était correcte.

La catégorie des agissements contraires aux buts et aux principes des NU ne devrait pas être limitée aux seuls agissements qui font expressément l'objet d'une déclaration en ce sens. Un tribunal national peut, après examen des éléments pertinents, conclure que d'autres

tive is so central to its purposes and principles that any act which violates or undermines those initiatives is contrary to the UN purposes and principles, some problems have been recognized by the international community as being so serious and of such a nature that they pose a threat to the entire international community and the principles of its social order. Conduct which directly or significantly contributes to these problems or which violates agreed principles or obligations with respect to them should, in appropriate cases, be regarded as contrary to the UN purposes and principles.

While serious or systematic violation of human rights would be conduct that is contrary to the UN purposes and principles, it is not the only conduct that should be considered in interpreting Art. 1F(c) of the Convention. The determination of what constitutes an act contrary to the UN purposes and principles need not be limited to the consideration of one purpose notwithstanding the fact that it is important and that the Convention is a human rights instrument. Although the purpose of the instrument will be taken into account in interpreting its provisions, it must not restrict the content of the exclusion so as to limit it to conduct relating directly to human rights. All of the UN purposes and principles should be considered. Furthermore, some types of conduct may indirectly but significantly contribute to the violation of human rights.

The Convention should be interpreted in a manner consistent with the contemporary context. As international law develops, the content of a phrase such as "acts contrary to the purposes and principles of the United Nations" must be capable of development. Courts should recognize that the guidance provided by interpretive aids such as the *travaux préparatoires* and subsequent practice must be considered in the light of the current state of the law and international understandings. The *travaux préparatoires* should be taken into account, yet this does not mean that courts are restricted to a precise interpretation of that material. Rather, consideration should be given to the underlying principles and concerns that they express with the aim of giving them a contemporary meaning. Similarly, with regard to state practice, some consistency should be maintained with the line of interpretation revealed by the practice of state parties, but that interpretation must be adjusted to

types d'agissements sont visés. Bien que chaque mesure des NU ne saurait être si essentielle à la réalisation de ses buts et de ses principes que tout acte y contrevenant ou en réduisant l'efficacité soit contraire aux buts et aux principes des NU, la communauté internationale a reconnu que certains problèmes, en raison de leur gravité et de leur nature, constituent une menace pour l'ensemble de la communauté internationale et l'ordre public international. Le comportement qui exerce une action directe ou importante sur ces problèmes ou qui porte atteinte à des obligations ou à des principes recueillant l'adhésion générale devrait, dans les cas qui s'y prêtent, être tenu pour contraire aux buts et aux principes des NU.

Certes, une violation grave ou systématique des droits de la personne constituerait un comportement contraire aux buts et aux principes des NU, mais il ne s'agit pas du seul comportement qui doit être pris en considération pour interpréter la section Fc) de l'article premier de la Convention. L'analyse effectuée pour déterminer ce qu'est un agissement contraire aux buts et aux principes des NU ne doit pas forcément porter sur un seul but, même s'il s'agit d'un but important et que la Convention est un instrument de défense des droits de la personne. Même si le but d'un instrument est pris en considération pour en interpréter les dispositions, il ne doit pas restreindre la portée de l'exclusion de manière qu'elle vise seulement le comportement lié directement aux droits de la personne. Il doit être tenu compte de tous les buts et de tous les principes des NU. En outre, certains types de comportement peuvent concourir indirectement, mais substantiellement, à la violation des droits de la personne.

La Convention devrait être interprétée de façon à tenir compte du contexte contemporain. Le sens donné à des termes tels «agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies» devrait pouvoir suivre l'évolution du droit international. Les tribunaux devraient reconnaître que les indications fournies par les outils d'interprétation que sont les travaux préparatoires et la pratique ultérieurement suivie doivent être considérées à la lumière de l'état actuel du droit et des ententes internationales. Il convient de tenir compte des travaux préparatoires, mais cela ne signifie pas que les tribunaux soient tenus de les interpréter strictement. Il y a lieu plutôt de tenir compte des principes et des préoccupations qui les sous-tendent en vue de leur donner un sens adapté au contexte contemporain. De même, en ce qui concerne la pratique étatique, il convient d'assurer une certaine harmonisation avec l'interprétation établie par la pratique suivie par les États, mais cette interprétation

take into account evolving ideas and principles in international law.

Although traditionally it was thought that the UN purposes and principles, like international law generally, are addressed only to states, and can be violated only by state actors, it is now generally accepted that an individual acting in his private capacity can commit acts which constitute violations of international law.

Significant trafficking in a dangerous illicit drug can constitute an act which is contrary to the UN purposes and principles and would thus form the basis of exclusion from refugee status pursuant to Art. 1F(c). The rationale for including illicit drug trafficking in Art. 1F(c) is the reality that this activity is recognized, both legally and practically, as an activity that not only is a domestic criminal offence, but occasions very serious and significant harm in the international community. The categorization of an act as an international crime or crime of international concern is not determinative of the question. The additional factor which distinguishes illicit drug trafficking from some other "crimes of international concern" or UN initiatives is the nature and gravity of the harm to people in countries around the world and to the international community as a whole that results from this activity. The harm caused by the illicit traffic in drugs is of the utmost severity. This illicit traffic takes a dreadful toll on the lives of individuals, families and communities. It destabilizes and retards the development of whole nations and regions. Drug trafficking now also threatens peace and security at a national and international level. It affects the sovereignty of some states, the right of self-determination and democratic government, economic, social and political stability and the enjoyment of human rights. Many of the UN purposes and principles are undermined, directly or indirectly, by the international trade in illicit drugs. It is on this basis that at least some individuals who participate in and contribute to this activity must be considered to be committing acts contrary to the UN purposes and principles.

The statements on this subject by the international community, including the relevant conventions and General Assembly resolutions, reflect an acute awareness of the nature and gravity of the problem, and a severe condemnation of the activities that give rise to the problem. While the UN has never specifically declared that drug trafficking is contrary to its purposes and principles, it has clearly and frequently recognized

doit être adaptée selon l'évolution des notions et des principes du droit international.

Bien que, suivant la thèse traditionnelle, les buts et les principes des NU, tout comme le droit international en général, ne visent que les États et ne peuvent être violés que par leurs représentants, il est généralement admis, désormais, que le particulier agissant à titre privé peut accomplir des actes qui portent atteinte aux règles du droit international.

Le trafic d'une drogue illicite dangereuse, pratiqué sur une vaste échelle, peut constituer un agissement contraire aux buts et aux principes des NU et justifierait donc l'exclusion du statut de réfugié suivant la section Fc) de l'article premier. La raison pour laquelle la section Fc) de l'article premier devrait s'appliquer au trafic des drogues illicites est que, tant sur le plan juridique que pratique, cette activité est reconnue non seulement comme un acte criminel à l'échelle nationale, mais aussi comme une source de maux très graves et très importants infligés à la communauté internationale. Le fait qu'un acte constitue un crime international ou un crime d'intérêt international n'est pas déterminant pour trancher la question. Le facteur supplémentaire qui distingue le trafic des drogues illicites d'autres «crimes d'intérêt international» ou des mesures des NU est la nature et la gravité des maux infligés aux populations dans le monde et à la communauté internationale dans son ensemble. Les méfaits du trafic illicite de la drogue sont d'une gravité extrême. Il n'épargne ni la vie des personnes, ni celles des familles et des collectivités. Il déstabilise des nations et des régions entières et en retarde le développement. Le trafic des drogues illicites menace désormais la paix et la sécurité à l'échelon national et international. Il porte atteinte à la souveraineté de certains États, au droit à l'autodétermination et à un gouvernement démocratique, à la stabilité économique, sociale et politique, ainsi qu'aux droits de la personne. Bon nombre des buts et des principes des NU sont directement ou indirectement minés par le commerce international des drogues illicites. C'est pourquoi il y a lieu de conclure que les agissements d'au moins certaines des personnes qui participent à cette activité doivent être tenus pour contraires aux buts et aux principes des NU.

Les déclarations de la communauté internationale sur le sujet, y compris les conventions et les résolutions de l'Assemblée générale pertinentes, dénotent une sensibilisation aiguë à la nature et à la gravité du problème et une condamnation sévère des activités qui sont à l'origine de ce problème. Il est vrai que les NU n'ont jamais expressément déclaré que le trafic de la drogue était contraire à leurs buts et à leurs principes, mais elles ont

and denounced the evils of this activity. There are also many statements reflecting an awareness that trafficking threatens essential aspects of the UN purposes and principles. The statements of the UN and of the international community lead inexorably to the conclusion that those engaged in trafficking in illicit drugs are responsible, directly or indirectly, for harms that are so widespread and so severe that they undermine the very purposes and principles upon which the UN is based. It follows that their actions must be considered "acts contrary to the purposes and principles of the United Nations" and thus come within the exclusion set out in Art. 1F(c). However, not all acts within the broad category of illicit drug trafficking constitute acts contrary to the UN purposes and principles. Distinctions must be drawn based on the type and scale of activities. It is those actually engaged in trafficking who reap most of the profits, cause the greatest harm and therefore bear the greatest responsibility for perpetuating the illicit trade. Those who are merely consumers are often victims themselves and do not bear the same responsibility.

Here, the appellant was an important participant in a major drug operation with an organized group trafficking in heroin. He trafficked on a large scale in the most debilitating of drugs. While not every domestic narcotics offence will provide a basis for exclusion under Art. 1F(c), in light of the seriousness of the appellant's crime he should, as a result of his actions, be excluded.

Cases Cited

Bastarache J.

Considered: *Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741; **referred to:** *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canada (Attorney General)*

clairement et fréquemment reconnu et dénoncé les méfaits de cette activité. En outre, de nombreuses déclarations dénotent une sensibilisation au fait que le trafic des drogues menace des aspects essentiels des buts et des principes des NU. Les déclarations des NU et de la communauté internationale mènent inexorablement à la conclusion que ceux qui se livrent au trafic des drogues illicites sont responsables, directement ou indirectement, de maux d'une ampleur telle et d'une gravité telle qu'ils sapent les buts et les principes mêmes sur lesquels sont fondées les NU. Il s'ensuit que leurs actes doivent être considérés comme des «agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies» et ils sont donc visés par l'exclusion prévue à la section Fc) de l'article premier. Cependant, tous les actes compris dans la catégorie générale du trafic des drogues illicites ne constituent pas des agissements contraires aux buts et aux principes des NU. Il est nécessaire d'établir certaines distinctions en fonction de la nature et de l'ampleur des activités. Ce sont les personnes qui se livrent de fait au trafic de la drogue qui touchent la plus grande partie des profits, causent les dommages les plus importants et donc sont responsables au premier chef de la perpétuation de ce commerce illicite. Les simples consommateurs sont souvent eux-mêmes des victimes et ne sauraient se voir imputer la même responsabilité.

Dans la présente espèce, l'appellant a joué un rôle important dans le cadre d'une opération d'envergure menée par un groupe organisé se livrant au trafic de l'héroïne. Il a pratiqué sur une vaste échelle le trafic de l'une des drogues les plus débilantes. Même si toutes les infractions liées aux stupéfiants qui sont perpétrées au pays ne permettront pas d'invoquer l'exclusion prévue à la section Fc) de l'article premier, compte tenu de la gravité du crime de l'appellant, il y a lieu de l'exclure en raison des actes qu'il a commis.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt examiné: *Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741; **arrêts mentionnés:** *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2

v. Mossop, [1993] 1 S.C.R. 554; *Yuen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1045 (QL); *Franco v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1011 (QL); *Sornalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 128; *Vetter v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 89 F.T.R. 17; *Ismaeli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 573 (QL); *Connor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 95 F.T.R. 66; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.

By Cory J. (dissenting)

Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689.

Statutes and Regulations Cited

Charter of the International Military Tribunal, 82 U.N.T.S. 280.
Charter of the United Nations, Can. T.S. 1945 No. 7, preamble, Arts. 1, 2.
Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Can. T.S. 1987 No. 36, Art. 3(1).
Convention on Psychotropic Substances, 1019 U.N.T.S. 175.
Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, Arts. 1F, 33.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 423(1)(d).
Draft Articles on the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, UN Doc. A/46/405, 11 September 1991, Art. 25(1).
Draft Convention against Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances and Related Activities, G.A. Res. 39/141, 14 December 1984, Annex, Art. 2.
Draft Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2.

R.C.S. 1324; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Yuen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1045 (QL); *Franco c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1011 (QL); *Sornalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 128; *Vetter c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 89 F.T.R. 17; *Ismaeli c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 573 (QL); *Connor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 95 F.T.R. 66; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, Rec. C.I.J. 1980, p. 3; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, Rec. C.I.J. 1971, p. 16.

Citée par le juge Cory (dissident)

Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689.

Lois et règlements cités

Charte des Nations Unies, R.T. Can. 1945 n° 7, préambule, art. 1, 2.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 423(1)(d).
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, R.T. Can. 1987 n° 36, art. 3(1).
Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31, 32.
Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, Doc. NU E/Conf.82/15, 19 décembre 1988, préambule, art. 3(1), (5).
Convention internationale de l'opium, 8 R.T.S.N. 187.
Convention relative au statut des réfugiés, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1F, 33.
Convention sur les substances psychotropes, 1019 R.T.N.U. 175.
Convention unique sur les stupéfiants de 1961, 520 R.T.N.U. 205.
Draft Statute of the International Criminal Court, UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2.

- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "Convention refugee" [rep. & sub. c. 28 (4th Supp.), s. 1(2)], 3, 19(1)(c) [rep. & sub. 1992, c. 49, s. 11], (c.1)(i) [en. *idem*; repl. 1995, c. 15, s. 2], (e) [rep. & sub. 1992, c. 49, s. 11], (f) [*idem*], (g), (j) [en. c. 30 (3rd Supp.), s. 3], (k) [en. 1992, c. 49, s. 11], (l) [*idem*], 27(1)(d), 32.1(2) [en. c. 28 (4th Supp.), s. 12], 53(1) [rep. & sub. 1992, c. 49, s. 43], 61(2) [en. c. 10 (2nd Supp.), s. 3; rep. & sub. c. 28 (4th Supp.), s. 18; rep. & sub. 1992, c. 49, s. 50], 67(1) [rep. & sub. c. 28 (4th Supp.), s. 18], 82.1(1) [en. *idem*, s. 19; rep. & sub. 1990, c. 8, s. 53; rep. & sub. 1992, c. 49, s. 73], 83(1) [rep. & sub. c. 28 (4th Supp.), s. 19; rep. & sub. 1992, c. 49, s. 73].
- International Opium Convention*, 8 L.N.T.S. 187.
- Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 4(1).
- Protocol Amending the Single Convention on Narcotic Drugs*, 1961, 976 U.N.T.S. 3.
- Single Convention on Narcotic Drugs*, 1961, 520 U.N.T.S. 204.
- United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, UN Doc. E/Conf.82/15, 19 December 1988, Preamble, Art. 3(1), (5).
- Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, Arts. 31, 32.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» [abr. & rempl. ch. 28 (4^e suppl.), art. 1(2)], 3, 19(1)c) [abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 11], c.1)(i) [aj. *idem*; rempl. 1995, ch. 15, art. 2], e) [abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 11], f) [*idem*], g), j) [aj. ch. 30 (3^e suppl.), art. 3], k) [aj. 1992, ch. 49, art. 11], l) [*idem*], 27(1)d), 32.1(2) [aj. ch. 28 (4^e suppl.), art. 12], 53(1) [abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 43], 61(2) [aj. ch. 10 (2^e suppl.), art. 3; abr. & rempl. ch. 28 (4^e suppl.), art. 18; abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 50], 67(1) [abr. & rempl. ch. 28 (4^e suppl.), art. 18], 82.1(1) [aj. *idem*, art. 19; abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 53; abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 73], 83(1) [abr. & rempl. ch. 28 (4^e suppl.), art. 19; abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 73].
- Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 4(1).
- Projet d'articles du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, Doc. NU A/46/405, 11 septembre 1991, art. 25(1).
- Projet de convention contre le trafic des stupéfiants et des substances psychotropes et les activités connexes*, Rés. AG 39/141, 14 décembre 1984, annexe, art. 2.
- Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, 976 R.T.N.U. 3.
- Statut du Tribunal militaire international*, 82 R.T.N.U. 281.

Authors Cited

- Bassiouni, M. Cherif. "Critical Reflections on International and National Control of Drugs" (1990), 18 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 311.
- Bassiouni, M. Cherif, ed. *International Criminal Law*, vol. 1, *Crimes*. Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1986.
- Canada. Correctional Service. Research Branch. *Homicide, Sex, Robbery and Drug Offenders in Federal Corrections: An End-of-1996 Review*. By Laurence L. Motiuk and Raymond L. Belcourt, January 1997.
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *An Examination of Recidivism in Relation to Offence Histories and Offender Profiles*. By Gayle Campbell. Ottawa: The Centre, August 1993.
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Canadian Crime Statistics 1993*. Ottawa: The Centre, 1994.
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Canadian Crime Statistics 1994*. Ottawa: The Centre, 1995.
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Juristat*, vol. 14, No. 6, January 1994.
- Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Juristat*, vol. 17, Nos. 8 and 9, 1997.

Doctrine citée

- Bassiouni, M. Cherif. «Critical Reflections on International and National Control of Drugs» (1990), 18 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 311.
- Bassiouni, M. Cherif, ed. *International Criminal Law*, vol. 1, *Crimes*. Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1986.
- Canada. Service correctionnel. Direction de la recherche. *Délinquants condamnés pour un homicide, une infraction sexuelle, un vol qualifié ou une infraction liée à la drogue dans le système correctionnel fédéral: revue de fin d'année 1996*. Par Laurence L. Motiuk et Raymond L. Belcourt, janvier 1997.
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Étude sur la récidive en fonction des antécédents criminels et des profils des contrevenants*. Par Gayle Campbell. Ottawa: Le Centre, août 1993.
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Juristat*, vol. 14, n^o 6, janvier 1994.
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Juristat*, vol. 17, n^{os} 8 et 9, 1997.
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Statistique de la criminalité au Canada 1993*. Ottawa: Le Centre, 1994.

- Canadian Centre on Substance Abuse. *The Costs of Substance Abuse in Canada: Highlights*. A Cost Estimation Study by Eric Single et al. Ottawa: The Centre, 1996.
- Cane, Peter. *An Introduction to Administrative Law*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees, vol. III, *The Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, 2-25 July 1951, Geneva, Switzerland. Compiled by Alex Takkenberg and Christopher C. Tahbaz. Amsterdam: Dutch Refugee Council, 1989.
- Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1. Leyden, Netherlands: Sijthoff, 1966.
- Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.
- Kindred, Hugh M., et al. *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 5th ed. Toronto: Edmond Montgomery, 1993.
- McKenzie, Diane. *Canadian Profile: Alcohol, Tobacco & Other Drugs*. Ottawa: Canadian Centre on Substance Abuse & Addiction Research Foundation of Ontario, 1997.
- Murphy, John F. "International Crimes". In Christopher C. Joyner, ed., *The United Nations and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, 362.
- Sproule, D. W., and Paul St-Denis. "The UN Drug Trafficking Convention: An Ambitious Step", in *Canadian Yearbook of International Law* 1989, vol. 27. Vancouver: Publication Centre, University of British Columbia, 1990, 263.
- Stewart, David P. "Internationalizing The War on Drugs: The UN Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances" (1990), 18 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 387.
- United Nations. Conference for the Adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances. *Final Act of the United Nations Conference for the Adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, UN Doc. E/Conf.82/14.
- United Nations. Economic and Social Council. Commission on Narcotic Drugs. *Economic and Social Consequences of Drug Abuse and Illicit Trafficking: An Interim Report*, UN Doc. E/CN.7/1995/3, 9 November 1994.
- United Nations. Economic and Social Council. Commission on Narcotic Drugs. *Reduction of Illicit*
- Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Statistique de la criminalité au Canada 1994*. Ottawa: Le Centre, 1995.
- Cane, Peter. *An Introduction to Administrative Law*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- Centre canadien de lutte contre l'alcoolisme et les toxicomanies. *Les coûts de l'abus de substances au Canada: Points saillants*. Une étude sur l'estimation des coûts par Eric Single et autres. Ottawa: Le Centre, 1996.
- Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees, vol. III, *The Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, 2-25 July 1951, Geneva, Switzerland. Compiled by Alex Takkenberg and Christopher C. Tahbaz. Amsterdam: Dutch Refugee Council, 1989.
- États-Unis. Department of Justice. Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics. *Drugs and Crime Facts, 1994*. Rockville, M.D.: U.S. Department of Justice, June 1995.
- Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- Grahl-Madsen, Atle. *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1. Leyden, Netherlands: Sijthoff, 1966.
- Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.
- Kindred, Hugh M., et al. *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 5th ed. Toronto: Edmond Montgomery, 1993.
- McKenzie, Diane. *Profil canadien: l'alcool, le tabac et les autres drogues*. Ottawa: Centre canadien de lutte contre l'alcoolisme et les toxicomanies & Fondation de la recherche sur la toxicomanie de l'Ontario, 1997.
- Murphy, John F. «International Crimes». In Christopher C. Joyner, ed., *The United Nations and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, 362.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international*, Rés. AG 51/210, 16 janvier 1997, annexe, art. 2.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration politique et Programme d'action mondial sur la coopération internationale contre la production, l'offre, la demande, le trafic et la distribution illicites de stupéfiants et de substances psychotropes*, Rés. AG S-17/2, 23 février 1990, annexe, préambule, art. 1, 2, 8.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États*

- Demand for Drugs: Prevention Strategies Including Community Participation — World situation with respect to drug abuse: Report of the Secretariat*, UN Doc. E/CN.7/1995/5, 10 January 1995.
- United Nations. Economic and Social Council. Eleventh Session. Social Committee. Summary Record of the 166th Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on Monday, 7 August 1950, UN Doc. E/AC.7/SR.166, 22 August 1950.
- United Nations. Economic and Social Council. *France: Amendment to the draft convention relating to the status of refugees*, UN Doc. E/L. 82, 29 July 1950.
- United Nations. Economic and Social Council. *Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions*, E/RES/1989/65, 24 May 1989, Art. 5.
- United Nations. General Assembly. *Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism*, GA Res. 49/60, 17 February 1995, Annex, Art. 2.
- United Nations. General Assembly. *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970, Annex.
- United Nations. General Assembly. *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, GA Res. 3452 (XXX), 9 December 1975, Art. 2.
- United Nations. General Assembly. *Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, GA Res. 47/133, 18 December 1992, Arts. 1(1), 8.
- United Nations. General Assembly. *Declaration to Supplement the 1994 Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism*, GA Res. 51/210, 16 January 1997, Annex, Art. 2.
- United Nations. General Assembly. *Political Declaration and Global Programme of Action on international co-operation against illicit production, supply, demand, trafficking and distribution of narcotic drugs and psychotropic substances*, GA Res. S-17/2, 23 February 1990, Annex, preamble, Arts. 1, 2, 8.
- United Nations. General Assembly. *Renewing the United Nations: A Programme for Reform*, UN Doc. A/51/950, 14 July 1997.
- United Nations. General Assembly. *Report of the International Law Commission on the work of its forty-second session*, UN Doc. A/45/10, in the *Yearbook of the International Law Commission 1990*, vol. II, Part Two. New York: United Nations, 1993, 1.
- conformément à la *Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970, annexe.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Rés. AG 3452 (XXX), 9 décembre 1975, art. 2.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, Rés. AG 47/133, 18 décembre 1992, art. 1(1), 8.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international*, Rés. AG 49/60, 17 février 1995, annexe, art. 2.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session*, Doc. NU A/45/10, dans l'*Annuaire de la Commission du droit international 1990*, vol. II, Partie 2. New York: Nations Unies, 1993, 1.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Rénover l'Organisation des Nations Unies: Un programme de réformes*, Doc. NU A/51/950, 14 juillet 1997.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Résolution. Action internationale contre la toxicomanie et la production et le trafic illicites de drogues*, Rés. AG 52/92, 26 janvier 1998.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Résolution. Campagne internationale contre le trafic des drogues*, Rés. AG 41/127, 4 décembre 1986.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Résolution. Stratégie internationale de lutte contre l'abus des drogues*, Rés. AG 36/168, 16 décembre 1981.
- Nations Unies. Commission du droit international. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session*, 6 mai-26 juillet 1996. Document officiel de l'Assemblée générale — Cinquante et unième session, supplément n° 10, Doc. NU A/51/10.
- Nations Unies. Conférence internationale sur l'abus et le trafic illicite des drogues. *Schéma multidisciplinaire complet pour les activités futures de lutte contre l'abus des drogues et Déclaration de la Conférence internationale sur l'abus et le trafic illicite de drogues*, Doc. NU A/CONF.133/12, pp. 3 et 90.
- Nations Unies. Conférence pour l'adoption d'une convention contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes. *Acte final de la Conférence des Nations Unies pour l'adoption d'une convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, Doc. NU E/Conf.82/14.

- United Nations. General Assembly. Resolution. *International action to combat drug abuse and illicit production and trafficking*, GA Res. 52/92, 26 January 1998.
- United Nations. General Assembly. Resolution. *International campaign against traffic in drugs*, GA Res. 41/127, 4 December 1986.
- United Nations. General Assembly. Resolution. *International Drug Abuse Control Strategy*, GA Res. 36/168, 16 December 1981.
- United Nations. International Conference on Drug Abuse and Illicit Trafficking. *Comprehensive Multidisciplinary Outline of Future Activities in Drug Abuse Control and Declaration of the International Conference on Drug Abuse and Illicit Trafficking*, UN Doc. A/Conf.133/12, pp. 3 and 88.
- United Nations. International Drug Control Programme. *World Drug Report*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- United Nations. International Law Commission. *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session*, 6 May-26 July 1996. Official record of the General Assembly — Fifty-first Session, Supplement No. 10, UN Doc. A/51/10.
- United Nations. Office of the High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*. Geneva: UNHCR, 1992.
- United States. Department of Justice. Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics. *Drugs and Crime Facts, 1994*. Rockville, M.D.: U.S. Department of Justice, June 1995.
- Nations Unies. Conseil économique et social. Commission des stupéfiants. *Conséquences économiques et sociales de l'abus et du trafic illicite des drogues: Rapport intérimaire*, Doc. NU E/CN.7/1995/3, 9 novembre 1994.
- Nations Unies. Conseil économique et social. Commission des stupéfiants. *Réduction de la demande illicite de drogues: Stratégies de prévention, y compris la participation communautaire — Situation mondiale en matière d'abus de drogues: Rapport du Secrétaire*, Doc. NU E/CN.7/1995/5, 10 janvier 1995.
- Nations Unies. Conseil économique et social. *France: Amendement au texte du projet de Convention relative au statut de réfugiés*, Doc. NU E/L. 82, 29 juillet 1950.
- Nations Unies. Conseil économique et social. Onzième session. Comité social. Compte rendu analytique de la cent soixante-sixième séance tenue au Palais des Nations, à Genève, le lundi 7 août 1950, Doc. NU E/AC.7/SR.166, 22 août 1950.
- Nations Unies. Conseil économique et social. *Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions*, E/RES/1989/65, 24 mai 1989, art. 5.
- Nations Unies. Haut Commissariat pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*. Genève: HCNUR, 1992.
- Nations Unies. International Drug Control Programme. *World Drug Report*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- Sproule, D. W., and Paul St-Denis. «The UN Drug Trafficking Convention: An Ambitious Step», dans *l'Annuaire canadien du Droit international 1989*, t. 27. Vancouver: Publication Centre, University of British Columbia, 1990, 263.
- Stewart, David P. «Internationalizing The War on Drugs: The UN Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances» (1990), *18 Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 387.
- APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1996] 2 F.C. 49, 191 N.R. 247, [1995] F.C.J. No. 1716 (QL), affirming a decision of the Federal Court, Trial Division, [1993] F.C.J. No. 870 (QL), dismissing the appellant's application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board, [1993] C.R.D.D. No. 12 (QL) (*sub nom. D. (N.U.) (Re)*), rejecting
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1996] 2 C.F. 49, 191 N.R. 247, [1995] A.C.F. n° 1716 (QL), qui a confirmé une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1993] A.C.F. n° 870 (QL), qui avait rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant en vue de faire annuler la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, [1993] D.S.S.R. n° 12 (QL) (*sub nom. D. (N.U.) (Re)*), rejetant sa revendication du statut de

his claim for Convention refugee status. Appeal allowed, Cory and Major JJ. dissenting.

Lorne Waldman and Jaswinder Singh Gill, for the appellant.

Urszula Kaczmarczyk and Bonnie Boucher, for the respondent.

David Matas and Sharryn Aiken, for the intervenor.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Bastarache JJ. was delivered by

BASTARACHE J. — This appeal raises two important questions relating to who may be admitted to Canada as a refugee: first, the proper standard of judicial review over decisions of the Immigration and Refugee Board; second, the meaning of the exclusion from refugee status of those who are “guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations”. That exclusion, in Article 1F(c) of the United Nations *Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6, is incorporated into Canadian law by s. 2(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, requiring a definition of that phrase with respect to the domestic law of Canada.

I. Factual Background

The relevant facts in this case are not the subject of dispute. The appellant, Veluppillai Pushpanathan, left his native Sri Lanka in 1983 and spent time in India and France before arriving in Canada, via Italy, on March 21, 1985. He claimed Convention refugee status under the *Immigration Act* (formerly *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52). The basis of the claim was that he had previously been detained by the Sri Lankan authorities for his political activities and would likely suffer persecution if returned to his country of citizenship. This claim was never adjudicated, however, as the appellant was granted permanent

réfugié au sens de la Convention. Pourvoi accueilli, les juges Cory et Major sont dissidents.

Lorne Waldman et Jaswinder Singh Gill, pour l'appellant.

Urszula Kaczmarczyk et Bonnie Boucher, pour l'intimé.

David Matas et Sharryn Aiken, pour l'intervenant.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Bastarache rendu par

LE JUGE BASTARACHE — Le présent pourvoi soulève deux questions importantes concernant l'admissibilité des réfugiés au Canada. Premièrement, quelle est la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié? Deuxièmement, quel sens faut-il donner aux mots «coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies» appliqués aux personnes exclues du statut de réfugié? Cette exclusion prévue à la section Fc) de l'article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés* des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6, est incorporée au droit canadien par le par. 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. Son interprétation doit donc être faite par rapport au droit interne du Canada.

I. Contexte factuel

Les faits pertinents du présent pourvoi ne sont pas contestés. L'appelant, Veluppillai Pushpanathan, a quitté son pays natal, le Sri Lanka, en 1983 et a passé un certain temps en Inde et en France avant son arrivée au Canada, via l'Italie, le 21 mars 1985. Il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention, conformément à la *Loi sur l'immigration* (anciennement *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52), en faisant valoir qu'il avait déjà été détenu par les autorités sri lankaises en raison de ses activités politiques et qu'il risquait vraisemblablement d'être persécuté s'il était renvoyé dans son pays de citoyenneté.

residence status in May 1987 under an administrative program, and was entitled to remain in Canada on that basis.

3 In December 1987, the appellant was arrested along with seven others on charges of conspiracy to traffic in a narcotic under s. 423(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. The appellant pleaded guilty to the offence and was among five of the group who were convicted. The appellant himself sold brown heroin to an RCMP officer on at least three occasions; at the time of the arrest, the group to which Mr. Pushpanathan belonged possessed heroin with a street value of some \$10 million. Mr. Pushpanathan was sentenced to eight years in prison, while his co-conspirators received between four- and ten-year terms each.

4 On September 23, 1991, the appellant, then on parole, renewed his claim to Convention refugee status under the United Nations *Convention Relating to the Status of Refugees* (the "Convention"), as implemented by the *Immigration Act* (the "Act"). I describe the application as a renewal because it is unclear that the initial claim made in March 1985 was ever abandoned. On June 22, 1992, a conditional deportation order was issued by Employment and Immigration Canada against Mr. Pushpanathan under s. 27(1)(d) and s. 32.1(2) of the Act, which provide that a permanent resident who has been convicted of an offence for which a sentence of more than six months' imprisonment has been imposed, may be deported. Since the deportation pursuant to those sections is conditional upon a determination that the claimant is not a Convention refugee, Mr. Pushpanathan's claim to Convention refugee status was referred to the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board. The Board decided that the appellant was not a Convention refugee. The Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal refused to reverse that

Cette revendication n'a cependant été l'objet d'aucune décision, car en mai 1987, l'appelant s'est vu reconnaître le statut de résident permanent en application d'un programme administratif et il avait le droit de rester au Canada pour cette raison.

En décembre 1987, l'appelant et sept autres individus ont été arrêtés pour complot en vue de faire le trafic d'un stupéfiant, infraction prévue par l'al. 423(1)d) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et par le par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1. L'appelant a plaidé coupable; quatre autres membres du groupe ont en outre été déclarés coupables. Lui même avait, au moins trois fois, vendu de l'héroïne brune à un agent de la GRC; au moment de son arrestation, le groupe dont M. Pushpanathan faisait partie avait en sa possession une quantité d'héroïne d'une valeur marchande d'une dizaine de millions de dollars. Monsieur Pushpanathan a été condamné à la prison pour huit ans, tandis que ses coïnculpés ont écopé de peines allant de quatre à dix ans d'emprisonnement.

Le 23 septembre 1991, l'appelant, qui bénéficiait d'une libération conditionnelle, a renouvelé sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention en vertu de la *Convention relative au statut des réfugiés* des Nations Unies (la «Convention»), mise en œuvre par la *Loi sur l'immigration* (la «Loi»). Je parle de renouvellement parce qu'il n'est pas certain que la revendication initiale de mars 1985 ait jamais été abandonnée. Le 22 juin 1992, une mesure d'expulsion conditionnelle a été prise à son endroit par Emploi et Immigration Canada en vertu de l'al. 27(1)d) et du par. 32.1(2) de la Loi, qui disposent qu'un résident permanent déclaré coupable d'une infraction prévue par une loi fédérale pour laquelle une peine d'emprisonnement de plus de six mois a été imposée peut être expulsé. Comme l'expulsion est subordonnée au rejet de la demande de reconnaissance du statut de réfugié au sens de la Convention, la revendication de M. Pushpanathan a été déférée à la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. La Commission a décidé que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention. Saisies d'une demande de con-

decision on an application for judicial review. Mr. Pushpanathan appeals to this Court.

II. Statutory Framework

Section 2(1) of the Act defines a “Convention refugee” as:

... any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person’s nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country . . .

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act;

That article of the Convention reads:

ARTICLE 1

Definition of the Term “Refugee”

. . .

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

- (a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;
- (b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;
- (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

Persons described in these paragraphs cannot benefit from any of the protections of the Convention. They are denied refugee status from the outset.

trôle judiciaire, la Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont refusé d’infirmier cette décision. Monsieur Pushpanathan se pourvoit devant notre Cour.

II. Cadre législatif

Le paragraphe 2(1) de la Loi définit le terme «réfugié au sens de la Convention»:

Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

. . .

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l’application de la Convention par les sections E ou F de l’article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l’annexe de la présente loi.

Cet article de la Convention est ainsi conçu:

ARTICLE PREMIER

Définition du terme «réfugié»

. . .

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

- a) qu’elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;
- b) qu’elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil avant d’y être admises comme réfugiés;
- c) qu’elles se sont rendues coupables d’agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

Les personnes visées par ces dispositions ne sauraient bénéficier d’aucune des protections de la Convention. Elles sont exclues d’emblée du statut de réfugié.

5

6

7

8

The importance of the exclusions found in Article 1 can only be understood in the context of other sections of the Convention which describe the limited conditions under which *bona fide* refugees may be denied the benefits of their status:

ARTICLE 33

Prohibition of Expulsion or Return ("Refoulement")

1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

9

The precise circumstances in which Article 33(2) is satisfied are defined with greater particularity in the Act:

53. (1) Notwithstanding subsections 52(2) and (3) [which describe the Minister's deportation power], no person who is determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee . . . shall be removed from Canada to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless

(a) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c) or subparagraph 19(1)(c.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada; or

(b) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(e), (f), (g), (j), (k) or (l) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the security of Canada.

10

The paragraph potentially applicable to the appellant's situation is 19(1)(c):

Pour comprendre l'importance des exclusions énoncées à l'article premier, il faut les placer dans le contexte d'autres dispositions de la Convention qui précisent les conditions restreintes auxquelles le bénéfice du statut peut être refusé aux réfugiés authentiques:

ARTICLE 33

Défense d'expulsion et de refoulement

1. Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Les circonstances précises qui satisfont au par. 33(2) sont définies plus en détail dans la Loi:

53. (1) Par dérogation aux paragraphes 52(2) et (3) [qui traitent du pouvoir d'expulsion conféré au ministre], la personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu aux termes de la présente loi ou des règlements, [. . .] ne peut être renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, sauf si elle appartient à l'une des catégories non admissibles visées:

a) à l'alinéa 19(1)c) ou au sous-alinéa 19(1)c.1)(i) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour le public au Canada;

b) aux alinéas 19(1)e), f), g), j), k) ou l) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour la sécurité du Canada.

L'alinéa qui pourrait s'appliquer à la situation de l'appelant est l'al. 19(1)c):

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Classes

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(c) persons who have been convicted in Canada of an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more;

Other grounds justifying the *refoulement* of a refugee described in s. 19 include: conviction outside of Canada for an offence which, if committed in Canada, would be subject to a maximum term of imprisonment of ten years or more (19(1)(c.1)(i)); previous acts of terrorism, espionage, or subversion of democratic government, or grounds to believe that such acts will be committed in the future (19(1)(e) and (f)); grounds to believe that an individual will engage in violence in Canada (19(1)(g)); commission of war crimes or crimes against humanity (19(1)(j)); persons who constitute a danger to the security of Canada (19(1)(k)); and, membership or participation in a government engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or war crimes or crimes against humanity (19(1)(l)).

Where one of these grounds is found to exist, the Minister must then make the added determination that the person poses a danger to the safety of the public or to the security of the country under s. 53(1)(a) or (b) respectively in order to justify *refoulement*.

By contrast, persons falling within Article 1F of the Convention are automatically excluded from the protections of the Act. Not only may they be returned to the country from which they have sought refuge without any determination by the Minister that they pose a threat to public safety or national security, but their substantive claim to refugee status will not be considered. The practical implications of such an automatic exclusion, rela-

EXCLUSION ET RENVOI

Catégories non admissibles

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

c) celles qui ont été déclarées coupables, au Canada, d'une infraction qui peut être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans;

Parmi les autres motifs justifiant le refoulement d'un réfugié que prévoit l'art. 19, signalons: la déclaration de culpabilité à l'étranger pour une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans (19(1)c.1)(i)); la commission antérieure d'actes de terrorisme, d'espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques, ou l'existence de motifs de croire que de tels actes seront commis (19(1)e) et f)); l'existence de motifs de croire qu'une personne commettra des actes de violence au Canada (19(1)g)); la commission de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité (19(1)j)); les personnes qui constituent un danger pour la sécurité du Canada (19(1)k)); l'appartenance ou la participation à un gouvernement qui se livre au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à des crimes de guerre ou contre l'humanité (19(1)l)).

S'il conclut à l'existence de l'un de ces motifs, alors, pour justifier le refoulement, le ministre doit en outre décider, en vertu des al. 53(1)a) ou b) selon le cas, que la personne constitue un danger pour le public au Canada ou qu'elle constitue un danger pour la sécurité du Canada.

Par contraste, les personnes visées par la section F de l'article premier de la Convention sont automatiquement exclues des protections de la Loi. Non seulement peuvent-elles être refoulées dans le pays qu'elles ont fui sans que le ministre ait déterminé qu'elles constituaient un danger pour le public ou pour la sécurité du pays, mais encore leur revendication du statut de réfugié ne sera pas examinée au fond. Les conséquences pratiques

11

12

13

tive to the safeguards of the s. 19 procedure, are profound.

- 14 It is against this background that the interpretation of the exclusion contained in Article 1F(c) of the Convention must be considered.

III. Judicial History

A. *The Immigration and Refugee Board*

- 15 The panel of the Immigration and Refugee Board ruled that Mr. Pushpanathan was not a refugee by virtue of the exclusion clause in Article 1F(c): [1993] C.R.D.D. No. 12 (QL) (*sub nom. D. (N.U.) (Re)*). It also found that by trafficking in narcotics, the appellant had committed a crime against humanity under Article 1F(a). The parties agree that this finding was in error and have not argued the point in any of the appeals.

- 16 Citing numerous United Nations conventions, the panel considered it “clear that for many years the United Nations has devoted a great deal of time and energy to the suppression of illicit traffic in drugs”. The panel accepted that suppression of this traffic is one of the purposes and principles of the United Nations, and that trafficking in heroin was an action against those purposes and principles. It also rejected the assertion that Article 1F(c) should apply only to state agents, or only to crimes committed outside the country of refuge.

B. *Application for Judicial Review to the Federal Court, Trial Division*

- 17 An application for judicial review under s. 82.1(1) of the Act was made to the Federal Court, which dismissed the application: [1993] F.C.J. No. 870 (QL). McKeown J. found that the Board had “reasonably concluded” and that there were “serious reasons for considering” that the appellant was excluded by Article 1F(c) of the Convention. First, the court held that it was reason-

d’une telle exclusion automatique, par rapport aux garanties prévues par l’art. 19, sont profondes.

Voilà le contexte dans lequel il faut étudier l’interprétation de l’exclusion énoncée à la section Fc) de l’article premier de la Convention.

III. Historique judiciaire

A. *La Commission de l’immigration et du statut de réfugié*

La Commission de l’immigration et du statut de réfugié a décidé que M. Pushpanathan n’était pas un réfugié en raison de l’exclusion prévue à la section Fc) de l’article premier: [1993] D.S.S.R. n° 12 (QL) (*sub nom. D. (N.U.) (Re)*). Elle a également conclu qu’en faisant le trafic de stupéfiants, l’appellant avait commis un crime contre l’humanité, cas visé à la section Fa) de l’article premier. Les parties sont convenues que cette conclusion était erronée et n’ont débattu ce point dans aucun des appels.

Citant plusieurs conventions des Nations Unies, la Commission a estimé que ces documents expliquent «clairement que, depuis de nombreuses années, les Nations Unies ont consacré beaucoup de temps et d’énergie à l’élimination du trafic illégitime des stupéfiants». La Commission a admis l’argument selon lequel la suppression de ce trafic était l’un des buts et principes des Nations Unies et que le trafic de l’héroïne était un acte contraire à ces buts et principes. Elle a en outre repoussé l’affirmation voulant que la section Fc) de l’article premier ne s’applique qu’aux représentants de l’État, ou seulement dans le cas des crimes perpétrés en dehors du pays d’accueil.

B. *Demande de contrôle judiciaire devant la Section de première instance de la Cour fédérale*

La Cour fédérale a été saisie d’une demande de contrôle judiciaire en conformité avec le par. 82.1(1) de la Loi. Elle a rejeté la demande: [1993] A.C.F. n° 870 (QL). Le juge McKeown a estimé que la Commission avait «raisonnablement conclu» que l’appellant était exclu par la section Fc) de l’article premier de la Convention et que de «sérieuses raisons justifi[ai]ent» cette conclusion.

able to conclude that initiatives to counter drug trafficking could be construed as part of the United Nations' purposes and principles, although it suggested that, in some instances, the article might not apply because of the nature of the violation. Second, the court rejected the claim that Article 1F(c) should only apply to state actors. Third, the court found there was no room under Article 1F(c) for the weighing of the nature of the offence committed against the risk of persecution faced by the applicant.

Notwithstanding these findings, the court did certify "that a serious question of general importance is involved", giving the applicant a right of appeal to the Federal Court of Appeal under s. 83(1) of the Act. The court formulated the question in the following terms: "Is it an error of law for the Refugee Division [of the Immigration and Refugee Board] to interpret section F(c) of Article I of the United Nations Convention relating to the Status of Refugees to exclude from refugee status an individual guilty of a serious Narcotic Control Act offence committed in Canada?"

C. Certified Question in the Federal Court of Appeal

The Federal Court of Appeal unanimously upheld the decision of the Trial Division: [1996] 2 F.C. 49. It resolved the question before the court into four issues (at p. 57):

- (1) Does Article 1F(c) of the Convention apply to acts committed by a refugee claimant in the country of refuge after his arrival there?
- (2) Can Article 1F(c) apply to a person already convicted of such acts?
- (3) Can Article 1F(c) apply to a person in respect of acts not committed on behalf of a state or government?

Premièrement, il était raisonnablement permis de conclure que les mesures prises pour mettre un frein au trafic des drogues pouvaient être considérées comme faisant partie des buts et principes des Nations Unies, encore que dans certains cas, l'article puisse ne pas s'appliquer en raison de la nature de la violation. Deuxièmement, la cour a rejeté l'argument voulant que la section Fc) de l'article premier ne s'applique qu'aux représentants de l'État. Troisièmement, elle a conclu que cette section n'autorisait pas l'évaluation relative de la nature de l'infraction perpétrée et du risque de persécution auquel le requérant était exposé.

Malgré ces conclusions, la cour a certifié «que l'affaire soul[evait] une question grave de portée générale», accordant ainsi au requérant le droit de se pourvoir devant la Cour d'appel fédérale en application du par. 83(1) de la Loi. La Cour a énoncé la question comme suit: «La section du statut de réfugié [de la Commission de l'immigration et du statut du réfugié] commet-elle une erreur de droit en interprétant l'alinéa c) de la section F de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés de manière à exclure du statut de réfugié un individu coupable d'une grave infraction visée par la Loi sur les stupéfiants qui a été commise au Canada?»

C. Question certifiée en Cour d'appel fédérale

À l'unanimité, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Section de première instance: [1996] 2 C.F. 49. Elle a décomposé la question en quatre éléments (à la p. 57):

- 1) La section Fc) de l'article premier de la Convention s'applique-t-elle aux actes que commet un revendicateur du statut de réfugié au sein du pays d'accueil après son arrivée dans ce dernier?
- 2) La section Fc) de l'article premier peut-elle s'appliquer à une personne déjà reconnue coupable de tels actes?
- 3) La section Fc) de l'article premier s'applique-t-elle à une personne à l'égard d'actes non commis pour le compte d'un État ou d'un gouvernement?

(4) Is the act of conspiring to traffic in narcotics an act contrary to the purposes and principles of the United Nations?

4) L'acte consistant à comploter en vue de faire le trafic de stupéfiants est-il contraire aux buts et aux principes des Nations Unies?

20

Strayer J.A., speaking for the court, began his analysis by considering the rules of interpretation which ought to apply in determining the scope of Article 1F(c). He observed that treaty interpretation rules may be used as an aid where, as here, a statute incorporates a treaty. He found that, in any event, since the treaty article is adopted verbatim in the statute, treaty interpretation rules certainly apply. Under this standard, he held that those “arguably more relaxed rules” allow for consideration of such factors as other provisions of the treaty, even those not implemented in, or incorporated by, the statute, and the *travaux préparatoires*. However, Strayer J.A. observed that “none of the rules of interpretation of statutes or treaties authorize a court to ignore completely the express terms of the language finally adopted in the treaty or the statute, in favour of vague expressions of intention derived from extrinsic sources which fail to demonstrate ambiguity in the text of the treaty or adopting statute” (p. 59). Finding the *travaux préparatoires* confusing and reflecting the intentions of only a small number of signatories, the court rejected their use as an interpretative guide, preferring to “place the most emphasis on the final text as approved” (p. 60). Moreover, he assumed that, like statutes, individual treaty provisions have some distinct purpose and meaning unless it is impossible to ascribe one. Finally, in considering the proper interpretative approach to the exclusions from refugee status, Strayer J.A. asserted that there was to be no presumption in favour of a narrow construction simply because the treaty was a human rights instrument. Rather, exceptions to “the extraordinary right of refuge” were to be construed in a manner “most agreeable to justice and reason” (p. 61).

S'exprimant au nom de la cour, le juge Strayer s'est d'abord arrêté aux règles d'interprétation qu'il convient d'appliquer pour déterminer la portée de la section Fc) de l'article premier. Il a fait observer que le recours aux règles d'interprétation des traités à titre d'aides explicatives est admis lorsque, comme en l'espèce, une loi intègre un traité. Il a estimé que, de toute façon, vu que cette disposition a été adoptée textuellement dans la loi, les règles d'interprétation des traités s'appliquent certainement. S'appuyant sur cette norme, il a décidé que ces règles, «plus souples pourrait-on soutenir», permettent de tenir compte d'autres facteurs, notamment les autres dispositions du traité, même celles qui ne sont pas mises en œuvre ni intégrées par la loi, et les travaux préparatoires. Cependant, le juge Strayer a fait observer qu'«aucune des règles d'interprétation des lois ou des traités n'autorise une cour à faire entièrement abstraction du libellé exprès qui est finalement adopté dans le traité ou la loi, en faveur de vagues déclarations d'intention tirées de sources extrinsèques qui ne font pas ressortir d'ambiguïté dans le texte du traité ou de la loi d'adoption» (pp. 59 et 60). Jugeant que les travaux préparatoires étaient difficiles à comprendre et ne reflétaient que l'intention d'une petite partie des signataires, le juge a refusé de se guider sur ces travaux, préférant se «concentrer davantage sur le texte définitif approuvé» (p. 60). De plus, il a présumé que, comme toute loi, chaque disposition d'un traité est conçue pour avoir un objet et un sens particuliers, à moins qu'il soit impossible d'en attribuer un. Enfin, le juge Strayer a affirmé, eu égard à la manière convenable d'interpréter les exclusions du statut de réfugié, qu'il n'y avait pas lieu de privilégier l'interprétation étroite simplement parce que le traité est un instrument de défense des droits de l'homme. Il convient plutôt de donner l'interprétation «la plus conforme à la justice et à la raison» aux exceptions prévues au «droit extraordinaire d'accueil» (p. 61).

21

With this approach in place, the court found, first, that Article 1F(c) can apply to acts committed

Après avoir exposé ces principes, la cour a conclu que, premièrement, la section Fc) de l'article

in the country of refuge; second, that it may apply to a person previously convicted for these acts; third, that it may apply to a person not acting on behalf of a state or government; and, fourth, that conspiring to traffic in narcotics is an act contrary to the purposes and principles of the United Nations. The appellant was therefore not a refugee under the exclusion clause contained in Article 1F(c).

IV. Issues

Three issues must be addressed for the determination of this appeal. First, what is the standard of review to be applied to the decision of the Immigration and Refugee Board? Second, how do the rules of treaty interpretation apply to the determination of the meaning of Article 1F(c)? Third, does the appellant's act of drug trafficking fall within the definition of "acts contrary to the purposes and principles of the United Nations"?

V. Analysis

A. *Standard of Review*

Neither in the decisions below, nor in the written submissions before this Court, was the issue of the proper standard of review of the decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board addressed. McKeown J., at the Trial Division level, did find that the Board had "reasonably concluded" and that there were "serious reasons for considering" that the appellant was excluded by Article 1F(c) of the Convention, implying a standard of reasonableness. However, in certifying the question to be posed to the Court of Appeal, he asked whether the Board's determination was an "error of law", suggesting a standard of correctness. The Court of Appeal confined itself to answering the certified question. The court did not consider what standard

premier peut s'appliquer aux actes commis dans le pays d'accueil; deuxièmement, elle peut s'appliquer aux personnes déjà reconnues coupables des actes mentionnés; troisièmement, elle peut s'appliquer à une personne qui n'a pas agi pour le compte d'un État ou d'un gouvernement; quatrièmement, le fait de comploter en vue de faire le trafic de stupéfiants est un acte contraire aux buts et aux principes des Nations Unies. L'appelant n'était donc pas un réfugié, étant exclu du bénéfice de la Convention en vertu de la section Fc) de l'article premier.

IV. Questions en litige

Il faut trancher trois questions pour statuer sur le présent pourvoi. Premièrement, quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié? Deuxièmement, quel est le rôle des règles d'interprétation des traités dans l'interprétation de la section Fc) de l'article premier? Troisièmement, le trafic des drogues auquel s'est livré l'appelant entre-t-il dans les «agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies»?

V. Analyse

A. *Norme de contrôle*

Ni dans les jugements des instances inférieures, ni dans l'argumentation écrite soumise à notre Cour la question de la norme de contrôle appropriée à l'égard des décisions de la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié n'a été examinée. Le juge McKeown de la Section de première instance a bien estimé que la Commission avait «raisonnablement conclu» que l'appelant était exclu par la section Fc) de l'article premier de la Convention et que «de sérieuses raisons justif[i]ent» cette conclusion; il semble donc avoir appliqué la norme du caractère raisonnable. Toutefois, en certifiant la question à soumettre à la Cour d'appel, il a parlé d'«erreur de droit», donnant à penser que la norme à appliquer est celle de la décision correcte. La Cour d'appel s'est contentée de répondre à la question certifiée. Elle ne s'est pas penchée sur la norme de contrôle appliquée par les tribunaux

of review had been applied below, nor whether that was the correct standard.

24 Nevertheless, s. 83(1) requires such an inquiry. It states:

83. (1) A judgment of the Federal Court — Trial Division on an application for judicial review . . . may be appealed to the Federal Court of Appeal only if the Federal Court — Trial Division has at the time of rendering judgment certified that a serious question of general importance is involved and has stated that question. [Emphasis added.]

25 The certification of a “question of general importance” is the trigger by which an appeal is justified. The object of the appeal is still the judgment itself, not merely the certified question. One of the elements necessary for the disposition of an application for judicial review is the standard of review of the decision of the administrative tribunal whose decision is being reviewed, and that question is clearly in issue in this case. Reluctant as this Court is to decide issues not fully argued before it, determining the standard of review is a prerequisite to the disposition of this case.

26 The central inquiry in determining the standard of review exercisable by a court of law is the legislative intent of the statute creating the tribunal whose decision is being reviewed. More specifically, the reviewing court must ask: “[W]as the question which the provision raises one that was intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the Board?” (*Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 18, *per* Sopinka J.).

27 Since *U.E.S., Local 298 v. Bibault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, this Court has determined that the task of statutory interpretation requires a weighing of several different factors, none of which are alone dispositive, and each of which provides an indication falling on a spectrum of the proper level of deference to be shown the decision in question. This has been dubbed the “pragmatic and functional” approach. This more nuanced approach in

inférieurs, ni sur l’opportunité de l’application de cette norme.

Pourtant, le par. 83(1) commande un tel examen. Il est ainsi conçu:

83. (1) Le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rendu sur une demande de contrôle judiciaire [. . .] ne peut être porté en appel devant la Cour d’appel fédérale que si la Section de première instance certifie dans son jugement que l’affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci. [Je souligne.]

Sans la certification d’une «question grave de portée générale», l’appel ne serait pas justifié. L’objet de l’appel est bien le jugement lui-même, et non simplement la question certifiée. L’un des éléments nécessaires pour trancher la demande de contrôle judiciaire est la norme de contrôle applicable au jugement du tribunal administratif qui fait l’objet du contrôle, et cette question est de toute évidence en cause dans le présent pourvoi. Quoique notre Cour soit peu disposée à statuer sur des questions qui n’ont pas été débattues à fond devant elle, le présent pourvoi ne saurait être tranché sans détermination préalable de la norme de contrôle applicable.

La détermination de la norme de contrôle que la cour de justice doit appliquer est centrée sur l’intention du législateur qui a créé le tribunal dont la décision est en cause. Plus précisément, la cour appelée à exercer le contrôle judiciaire doit se demander: «La question soulevée par la disposition est-elle une question que le législateur voulait assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de la Commission?» (*Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, au par. 18, le juge Sopinka).

Depuis l’arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, notre Cour a décidé que l’interprétation des lois exige la prise en compte de plusieurs facteurs différents dont aucun n’est décisif mais qui fournissent chacun une indication s’inscrivant sur le continuum du degré de retenue judiciaire approprié pour la décision en cause. C’est ce qu’on a appelé l’analyse «pragmatique et fonctionnelle». Cette méthode plus nuancée pour

determining legislative intent is also reflected in the range of possible standards of review. Traditionally, the “correctness” standard and the “patent unreasonableness” standard were the only two approaches available to a reviewing court. But in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, a “reasonableness *simpliciter*” standard was applied as the most accurate reflection of the competence intended to be conferred on the tribunal by the legislator. Indeed, the Court there described the range of standards available as a “spectrum” with a “more exacting end” and a “more deferential end” (para. 30).

Although the language and approach of the “preliminary”, “collateral” or “jurisdictional” question has been replaced by this pragmatic and functional approach, the focus of the inquiry is still on the particular, individual provision being invoked and interpreted by the tribunal. Some provisions within the same Act may require greater curial deference than others, depending on the factors which will be described in more detail below. To this extent, it is still appropriate and helpful to speak of “jurisdictional questions” which must be answered correctly by the tribunal in order to be acting *intra vires*. But it should be understood that a question which “goes to jurisdiction” is simply descriptive of a provision for which the proper standard of review is correctness, based upon the outcome of the pragmatic and functional analysis. In other words, “jurisdictional error” is simply an error on an issue with respect to which, according to the outcome of the pragmatic and functional analysis, the tribunal must make a correct interpretation and to which no deference will be shown.

(1) Factors to Be Taken into Account

The factors to be taken into account in determining the standard of review have been canvassed in a number of recent decisions of this Court, and may be divided into four categories.

déterminer l'intention du législateur se reflète aussi dans l'éventail des normes de contrôle possibles. Traditionnellement, la norme de la «décision correcte» et la norme du «caractère manifestement déraisonnable» étaient les deux seules méthodes à la disposition de la cour appelée à exercer le contrôle judiciaire. Mais dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, la norme de la «décision raisonnable *simpliciter*» a été appliquée, étant jugée la plus fidèle à l'intention du législateur quant à la compétence conférée au tribunal. En effet, la Cour a affirmé que l'éventail des normes existantes était un spectre dont l'une des extrémités exige «le moins de retenue» et l'autre en exige «le plus» (par. 30).

Bien que la terminologie et la méthode de la question «préalable», «accessoire» ou «de compétence» aient été remplacées par cette analyse pragmatique et fonctionnelle, l'accent est tout de même mis sur la disposition particulière invoquée et interprétée par le tribunal. Certaines dispositions d'une même loi peuvent exiger plus de retenue que d'autres, selon les facteurs qui seront exposés plus en détail plus loin. Voilà pourquoi il convient toujours, et il est utile, de parler des «questions de compétence» que le tribunal doit trancher correctement pour ne pas outrepasser sa compétence. Mais il faut bien comprendre qu'une question qui «touche la compétence» s'entend simplement d'une disposition à l'égard de laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, en fonction du résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Autrement dit, une «erreur de compétence» est simplement une erreur portant sur une question à l'égard de laquelle, selon le résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le tribunal doit arriver à une interprétation correcte et à l'égard de laquelle il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue.

(1) Facteurs à prendre en considération

Les facteurs à prendre en considération pour déterminer la norme de contrôle ont été étudiés à fond dans un certain nombre d'arrêts récents de notre Cour. On peut les répartir dans quatre catégories.

(i) *Privative Clauses*

30

The absence of a privative clause does not imply a high standard of scrutiny, where other factors bespeak a low standard. However, the presence of a “full” privative clause is compelling evidence that the court ought to show deference to the tribunal’s decision, unless other factors strongly indicate the contrary as regards the particular determination in question. A full privative clause is “one that declares that decisions of the tribunal are final and conclusive from which no appeal lies and all forms of judicial review are excluded” (*Pasiechnyk, supra*, at para. 17, *per* Sopinka J.). Unless there is some contrary indication in the privative clause itself, actually using the words “final and conclusive” is sufficient, but other words might suffice if equally explicit (*United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at pp. 331 and 333). At the other end of the spectrum is a clause in an Act permitting appeals, which is a factor suggesting a more searching standard of review.

31

Some Acts will be silent or equivocal as to the intended standard of review. The Court found in *Bradco* that the submission of a dispute to a “final settlement” of an arbitrator was “somewhere between a full privative clause and a clause providing for full review by way of appeal” (pp. 331 and 333). Sopinka J. went on to examine other factors to determine that some degree of deference was owed to the arbitrator’s ruling. In essence, a partial or equivocal privative clause is one which fits into the overall process of evaluation of factors to determine the legislator’s intended level of deference, and does not have the preclusive effect of a full privative clause.

(ii) *Expertise*

32

Described by Iacobucci J. in *Southam, supra*, at para. 50, as “the most important of the factors that

(i) *Clauses privatives*

L’absence de clause privative n’implique pas une norme élevée de contrôle, si d’autres facteurs commandent une norme peu exigeante. Toutefois, la présence d’une telle clause «intégrale» atteste persuasivement que la cour doit faire montre de retenue à l’égard de la décision du tribunal administratif, sauf si d’autres facteurs suggèrent fortement le contraire en ce qui a trait à la décision en cause. La clause privative intégrale est «celle qui déclare que les décisions du tribunal administratif sont définitives et péremptoires, qu’elles ne peuvent pas faire l’objet d’un appel et que toute forme de contrôle judiciaire est exclue dans leur cas» (*Pasiechnyk*, précité, au par. 17, le juge Sopinka). Sauf indication contraire de la clause privative, l’emploi des termes «final et sans appel» est suffisant, mais d’autres mots pourraient suffire, s’ils sont tout aussi explicites (*Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, aux pp. 331 et 333). À l’autre extrémité du spectre se situe la clause d’une loi permettant les appels, facteur qui suggère une norme de contrôle plus stricte.

Certaines lois sont muettes ou équivoques quant à la norme de contrôle voulue par le législateur. La Cour a conclu dans *Bradco* que la disposition prévoyant la soumission, pour «règlement final», à l’arbitrage «se situe quelque part entre une clause privative intégrale et une clause prescrivant un examen complet par voie d’appel» (pp. 331 et 333). Le juge Sopinka a examiné ensuite d’autres facteurs pour décider qu’il y avait lieu de faire preuve de retenue à l’égard de la décision de l’arbitre. Essentiellement, une clause privative partielle ou équivoque est une clause qui s’inscrit dans le processus d’ensemble d’appréciation des facteurs selon lesquels est déterminée l’intention du législateur quant au degré de retenue judiciaire, et qui n’a pas l’effet d’exclusion de la clause privative intégrale.

(ii) *Expertise*

Pour reprendre les paroles du juge Iacobucci dans l’arrêt *Southam*, précité, au par. 50, il s’agit

a court must consider in settling on a standard of review”, this category includes several considerations. If a tribunal has been constituted with a particular expertise with respect to achieving the aims of an Act, whether because of the specialized knowledge of its decision-makers, special procedure, or non-judicial means of implementing the Act, then a greater degree of deference will be accorded. In *Southam*, the Court considered of strong importance the special make-up and knowledge of the *Competition Act* tribunal relative to a court of law in determining questions concerning competitiveness in general, and the definition of the relevant product market in particular.

Nevertheless, expertise must be understood as a relative, not an absolute concept. As Sopinka J. explained in *Bradco*, *supra*, at p. 335: “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” (emphasis added). Making an evaluation of relative expertise has three dimensions: the court must characterize the expertise of the tribunal in question; it must consider its own expertise relative to that of the tribunal; and it must identify the nature of the specific issue before the administrative decision-maker relative to this expertise. Many cases have found that the legislature has intended to grant a wide margin for decision-making with respect to some issues, while others are properly subject to a correctness standard. Those cases are discussed in the fourth section below, the “*Nature of the Problem*”. The criteria of expertise and the nature of the problem are closely interrelated.

Once a broad relative expertise has been established, however, the Court is sometimes prepared to show considerable deference even in cases of highly generalized statutory interpretation where the instrument being interpreted is the tribunal’s constituent legislation. In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R.

du «facteur le plus important qu’une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable». Ce facteur englobe plusieurs aspects. Si le tribunal est doté d’une certaine expertise quant à la réalisation des objectifs d’une loi, que ce soit en raison des connaissances spécialisées de ses membres, de sa procédure spéciale ou de moyens non judiciaires d’appliquer la loi, il y a lieu de faire preuve de plus de retenue. Dans *Southam*, la Cour a estimé qu’il fallait accorder beaucoup d’importance à la composition et à l’expertise du tribunal visé par la *Loi sur la concurrence* qui le rendent plus à même qu’une cour de justice de trancher des questions concernant la compétitivité, en général, et la définition du marché pertinent pour ce qui est du produit, en particulier.

Néanmoins, l’expertise doit être tenue pour une notion relative et non absolue. Comme l’a expliqué le juge Sopinka dans *Bradco*, précité, à la p. 335: «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» (je souligne). L’évaluation de l’expertise relative comporte trois dimensions: la cour doit qualifier l’expertise du tribunal en question; elle doit examiner sa propre expertise par rapport à celle du tribunal; et elle doit identifier la nature de la question précise dont était saisi le tribunal administratif par rapport à cette expertise. De nombreux arrêts ont conclu que le législateur a voulu accorder une vaste marge de manœuvre pour la prise de décision relativement à certaines questions tandis que d’autres sont régulièrement assujetties à la norme de la décision correcte. Ces arrêts sont analysés plus loin, dans la quatrième section intitulée «*Nature du problème*». Le critère de l’expertise et la nature du problème sont étroitement liés.

Toutefois, une fois établie l’expertise relative, la Cour est parfois disposée à faire preuve de beaucoup de retenue même dans des cas faisant jouer des questions très générales d’interprétation de la loi, si le texte en cause est la loi constitutive du tribunal. Dans *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557,

557, the B.C. Securities Commission's definition of the highly general question of what constituted a "material change" under the *Securities Act* was subjected to an unreasonableness standard. Iacobucci J. stated that "[c]ourts 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" (p. 590). This can include the interpretation of a statute which requires recourse to the treaty which it was intended to implement, as was the case in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, where a patently unreasonableness test was applied to the interpretation of a treaty provision because the regulatory and economic nature of the determination counselled deference notwithstanding the generality of its application.

35

In short, a decision which involves in some degree the application of a highly specialized expertise will militate in favour of a high degree of deference, and towards a standard of review at the patent unreasonableness end of the spectrum.

(iii) *Purpose of the Act as a Whole, and the Provision in Particular*

36

As Iacobucci J. noted in *Southam, supra*, at para. 50, purpose and expertise often overlap. The purpose of a statute is often indicated by the specialized nature of the legislative structure and dispute-settlement mechanism, and the need for expertise is often manifested as much by the requirements of the statute as by the specific qualifications of its members. Where the purposes of the statute and of the decision-maker are conceived not primarily in terms of establishing rights as between parties, or as entitlements, but rather as a delicate balancing between different constituencies, then the appropriateness of court supervision diminishes. Thus, in *National Corn Growers, supra*, at p. 1336, Wilson J. characterized the function of the board in question as one of "manage-

la définition donnée par la British Columbia Securities Commission à la notion très générale de «changement important» au sens de la *Securities Act* a été appréciée selon la norme du caractère déraisonnable. Le juge Iacobucci a dit que «[L]es 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» (p. 590). Cela peut inclure l'interprétation d'une loi qui exige le recours au traité mis en œuvre par cette loi, comme dans *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, où la norme du caractère manifestement déraisonnable a été appliquée à l'interprétation d'une disposition d'un traité parce que la nature réglementaire et économique de la décision engageait à la retenue, en dépit du caractère général de son application.

Bref, une décision qui comporte jusqu'à un certain point l'exercice d'une expertise hautement spécialisée milite en faveur d'un degré élevé de retenue, et donc de la norme du caractère manifestement déraisonnable à l'une des extrémités de la gamme.

(iii) *Objet de la loi dans son ensemble et de la disposition en cause*

Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer dans l'arrêt *Southam*, précité, au par. 50, l'objet et l'expertise se confondent souvent. L'objet de la loi est souvent indiqué par la nature spécialisée du régime législatif et du mécanisme de règlement des différends, et la nécessité de l'expertise se dégage souvent autant des exigences énoncées dans la loi que des qualités des membres du tribunal. Lorsque les objectifs de la loi et du décideur sont définis non pas principalement comme consistant à établir les droits des parties, ou ce qui leur revient de droit, mais bien à réaliser un équilibre délicat entre divers intérêts, alors l'opportunité d'une supervision judiciaire diminue. Ainsi, dans l'arrêt *National Corn Growers*, précité, à la p. 1336, le juge Wilson a décrit la fonction du tribunal en

ment”, partially because of the specialized knowledge of the members of the board, but also because of the range of remedies available upon a determination, including the imposition of countervailing duties by the Minister (at p. 1346). In *Southam*, the Court found (at para. 48) that the “aims of the Act are more ‘economic’ than they are strictly ‘legal’” because the broad goals of the Act “are matters that business women and men and economists are better able to understand than is a typical judge”. This conclusion was reinforced by the creation in the statute of a tribunal with members having a special expertise in those domains. Also of significance are the range of administrative responses, the fact that an administrative commission plays a “protective role” *vis-à-vis* the investing public, and that it plays a role in policy development; *Pezim*, *supra*, at p. 596. That legal principles are vague, open-textured, or involve a “multi-factored balancing test” may also militate in favour of a lower standard of review (*Southam*, at para. 44). These considerations are all specific articulations of the broad principle of “polycentricity” well known to academic commentators who suggest that it provides the best rationale for judicial deference to non-judicial agencies. A “polycentric issue is one which involves a large number of interlocking and interacting interests and considerations” (P. Cane, *An Introduction to Administrative Law* (3rd ed. 1996), at p. 35). While judicial procedure is premised on a bipolar opposition of parties, interests, and factual discovery, some problems require the consideration of numerous interests simultaneously, and the promulgation of solutions which concurrently balance benefits and costs for many different parties. Where an administrative structure more closely resembles this model, courts will exercise restraint. The polycentricity principle is a helpful way of understanding the variety of criteria developed under the rubric of the “statutory purpose”.

termes de «gestion», en partie en raison de la connaissance spécialisée des membres du tribunal, mais aussi en raison de l'éventail des réparations possibles, dont l'imposition de droits compensateurs par le ministre (p. 1346). Dans l'arrêt *Southam*, la Cour a conclu, au par. 48, que les «objectifs visés par la Loi sont davantage “économiques” que strictement “juridiques”», parce que les objectifs généraux de la Loi «sont des questions que les gens d'affaires et les économistes sont plus à même de comprendre que les juges en général». Elle a appuyé cette conclusion sur le fait que la loi avait créé un tribunal dont les membres avaient une connaissance spécialisée dans ces domaines. Présentent aussi une importance la gamme des mesures administratives que peut prendre le tribunal administratif, le fait qu'il joue un «rôle protecteur» vis-à-vis du public investisseur et qu'il joue aussi un rôle en matière d'établissement des politiques; arrêt *Pezim*, précité, à la p. 596. Si les principes juridiques sont vagues, non limitatifs, ou font intervenir un critère de pondération comptant de multiples facteurs, cela peut également militer en faveur d'une norme de contrôle moins exigeante (arrêt *Southam*, au par. 44). Ce sont tous là des manifestations concrètes du principe général de la «polycentricité» que les universitaires connaissent bien et qui, d'après eux, justifie le mieux la retenue dont les tribunaux judiciaires doivent faire preuve à l'endroit des organismes non judiciaires. Une [TRADUCTION] «question polycentrique fait intervenir un grand nombre de considérations et d'intérêts entremêlés et interdépendants» (P. Cane, *An Introduction to Administrative Law* (3^e éd. 1996), à la p. 35). Certes, la procédure des tribunaux judiciaires repose fondamentalement sur l'opposition bipolaire des parties, des intérêts et sur l'établissement des faits, mais certains problèmes exigent la prise en compte de nombreux intérêts simultanément et l'adoption de solutions de nature à assurer en même temps un équilibre entre les coûts et les bénéfiques pour de nombreuses parties distinctes. Quand un régime administratif ressemble davantage à ce modèle, les cours de justice feront preuve de retenue. Le principe de polycentricité est utile lorsqu'il s'agit de saisir la diversité des critères élaborés sous la rubrique de l'«objet de la loi».

(iv) *The "Nature of the Problem": A Question of Law or Fact?*

37

As mentioned above, even pure questions of law may be granted a wide degree of deference where other factors of the pragmatic and functional analysis suggest that such deference is the legislative intention, as this Court found to be the case in *Pasiechnyk, supra*. Where, however, other factors leave that intention ambiguous, courts should be less deferential of decisions which are pure determinations of law. The justification for this position relates to the question of relative expertise mentioned previously. There is no clear line to be drawn between questions of law and questions of fact, and, in any event, many determinations involve questions of mixed law and fact. An appropriate litmus test was set out in *Southam, supra*, at para. 37, by Iacobucci J., who stated:

Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future.

This principle was also articulated by L'Heureux-Dubé J. in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 599-600, who sought to clarify the limitations of distinctions based on this criterion:

In general, deference is given on questions of fact because of the "signal advantage" enjoyed by the primary finder of fact. Less deference is warranted on questions of law, in part because the finder of fact may not have developed any particular familiarity with issues of law. While there is merit in the distinction between fact and law, the distinction is not always so clear. Specialized boards are often called upon to make difficult findings of both fact and law. In some circumstances, the two are inextricably linked. Further, the "correct" interpretation of a term may be dictated by the mandate of the board and by the coherent body of jurisprudence it has developed. In some cases, even where courts might not agree with a given interpretation, the integrity

(iv) *Nature du problème: question de droit ou de fait?*

Je le répète, il peut convenir de faire preuve d'un degré élevé de retenue même à l'égard de pures questions de droit, si d'autres facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle semblent indiquer que cela correspond à l'intention du législateur, comme notre Cour l'a décidé dans l'arrêt *Pasiechnyk*, précité. Toutefois, en cas d'ambiguïté des autres facteurs, les cours de justice doivent faire preuve de moins de retenue à l'égard des décisions qui portent sur de pures questions de droit. Le fondement de cette assertion est lié à la question de l'expertise relative mentionnée précédemment. Il n'y a pas de démarcation nette entre les questions de droit et les questions de fait et, de toute façon, nombre de décisions ont trait à des questions mixtes de droit et de fait. Le juge Iacobucci a énoncé un critère décisif pertinent dans l'arrêt *Southam*, précité, au par. 37:

Il va de soi qu'il n'est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir.

Ce principe a également été formulé dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, par le juge L'Heureux-Dubé qui, aux pp. 599 et 600, a cherché à clarifier les limites des distinctions fondées sur ce critère:

Les cours de justice font généralement preuve de retenue à l'égard des questions de fait en raison de «l'avantage capital» dont jouit le juge des faits. Toutefois, elles font preuve d'une moins grande retenue relativement à des questions de droit, notamment parce que le juge des faits n'a peut-être pas acquis une connaissance particulière des questions de droit. Bien qu'il existe une distinction entre les questions de fait et de droit, cette distinction n'est pas toujours évidente. Les organismes spécialisés sont souvent appelés à se prononcer sur des questions de fait et de droit difficiles. Il arrive que les deux soient inextricablement liées. En outre, l'interprétation «juste» d'un terme peut dépendre du mandat de l'organisme et de la jurisprudence homogène qu'il a éla-

of certain administrative processes may demand that deference be shown to that interpretation of law.

Her dissent in that case was founded essentially on her disapproval of the views of the majority on the characterization of the human rights tribunal as enjoying no expertise relative to courts in the understanding and interpretation of human rights Acts. Nevertheless, the principles discussed in the above quotation correctly state the law. This was confirmed in *Pasiechnyk*, at paras. 36 to 42, where the broad expertise of the Workers' Compensation Board to determine all aspects of "eligibility" under that system was considered sufficiently broad to include the determination that the term "employer" included claims against the government for its alleged negligence in regulating the works of two companies which had led to workers' injuries. Claims against the government as regulator were thus barred by virtue of the determination in issue. To allow such a claim "would undermine the purposes of the scheme" which was to "solve . . . the problem of employers becoming insolvent as a result of high damage awards" (para. 42). Such a finding falls squarely within Iacobucci J.'s description of a question of law: a finding which will be of great, even determinative import for future decisions of lawyers and judges. The creation of a legislative "scheme" combined with the creation of a highly specialized administrative decision-maker, as well as the presence of a strong privative clause was sufficient to grant an expansive deference even over extremely general questions of law.

Keeping in mind that all the factors discussed here must be taken together to come to a view of the proper standard of review, the generality of the proposition decided will be a factor in favour of the imposition of a correctness standard. This factor necessarily intersects with the criteria described

borée. Dans certains cas, même si une cour de justice n'est pas d'accord avec une interprétation donnée, l'intégrité de certains mécanismes administratifs pourrait bien exiger qu'elle fasse preuve de retenue relativement à cette interprétation du droit.

Sa dissidence dans cet arrêt était essentiellement fondée sur sa désapprobation des opinions des juges majoritaires qui qualifiaient le tribunal des droits de la personne de tribunal n'ayant aucune expertise par rapport aux cours de justice en matière de compréhension et d'interprétation des lois sur les droits de la personne. Néanmoins, les principes analysés dans la citation qui précède exposent correctement le droit. Cela a été confirmé dans *Pasiechnyk*, aux par. 36 à 42, où l'expertise de la commission des accidents du travail pour déterminer tous les aspects de «l'admissibilité» sous ce régime a été considérée suffisamment vaste pour qu'elle puisse statuer que le mot «employeur» visait les réclamations dirigées contre le gouvernement pour négligence dans la réglementation des travaux de deux compagnies qui avaient résulté en des blessures à des travailleurs. Les réclamations contre le gouvernement à titre d'organisme de réglementation n'étaient donc pas admissibles en vertu de la décision en question. Accueillir une telle réclamation «minerait les objectifs du régime» qui étaient de «résoudre [le problème] de l'insolvabilité des employeurs à la suite de l'attribution de dommages-intérêts élevés» (par. 42). Une telle conclusion cadre tout à fait avec la description d'une question de droit que donne le juge Iacobucci: une conclusion revêtant une grande importance, voire une importance déterminante, pour les décisions qu'auront à prendre juges et avocats. La création d'un «régime» législatif jointe à la constitution d'un tribunal administratif hautement spécialisé, de même que la présence d'une clause privative stricte étaient suffisantes pour que la Cour fasse preuve d'une retenue étendue, même sur des questions de droit extrêmement générales.

Gardant à l'esprit que tous les facteurs analysés ici doivent être pris ensemble pour que l'on obtienne une image de la norme de contrôle appropriée, la généralité de la proposition tranchée sera un facteur militant en faveur de l'imposition de la norme de la décision correcte. Ce facteur recoupe

above, which may contradict such a presumption, as the majority of this Court found to be the case in *Pasiechnyk, supra*. In the usual case, however, the broader the propositions asserted, and the further the implications of such decisions stray from the core expertise of the tribunal, the less likelihood that deference will be shown. Without an implied or express legislative intent to the contrary as manifested in the criteria above, legislatures should be assumed to have left highly generalized propositions of law to courts.

(2) The Immigration Act

39

Jurisdiction is granted to the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board in the following terms:

67. (1) The Refugee Division has, in respect of proceedings under sections 69.1 and 69.2, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction.

82.1 (1) An application for judicial review under the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be commenced only with leave of a judge of the Federal Court — Trial Division.

83. (1) A judgment of the Federal Court — Trial Division on an application for judicial review with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be appealed to the Federal Court of Appeal only if the Federal Court — Trial Division has at the time of rendering judgment certified that a serious question of general importance is involved and has stated that question.

(3) Previous Jurisprudence on the Standard of Review

40

This is the first time this Court has had the opportunity of considering the standard of review over decisions of the Immigration and Refugee

nécessairement les critères déjà décrits, qui peuvent aller à l'encontre d'une telle présomption, comme l'a conclu notre Cour à la majorité dans *Pasiechnyk*, précité. Habituellement, cependant, plus les propositions avancées sont générales, et plus les répercussions de ces décisions s'écartent du domaine d'expertise fondamental du tribunal, moins il est vraisemblable qu'on fasse preuve de retenue. En l'absence d'une intention législative implicite ou expresse à l'effet contraire manifestée dans les critères qui précèdent, on présumera que le législateur a voulu laisser aux cours de justice la compétence de formuler des énoncés de droit fortement généralisés.

(2) La Loi sur l'immigration

La Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié tient sa compétence des dispositions suivantes:

67. (1) La section du statut a compétence exclusive, en matière de procédures visées aux articles 69.1 et 69.2, pour entendre et juger sur des questions de droit et de fait, y compris des questions de compétence.

82.1 (1) La présentation d'une demande de contrôle judiciaire aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut, pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues, des mesures prises ou de toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application — règlements ou règles — se faire qu'avec l'autorisation d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale.

83. (1) Le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rendu sur une demande de contrôle judiciaire relative à une décision ou ordonnance rendue, une mesure prise ou toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application — règlements ou règles — ne peut être porté en appel devant la Cour d'appel fédérale que si la Section de première instance certifie dans son jugement que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

(3) Jurisprudence concernant la norme de contrôle

C'est la première fois que notre Cour est appelée à statuer sur la norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission de l'immigration et du

Board. There is surprisingly scant discussion of the issue in previous Federal Court decisions. In most cases, a patent unreasonableness or “perverse or capricious” standard is applied. Those cases involved reviews of findings of credibility of witnesses by the Board: *Yuen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1045 (QL) (C.A.); *Franco v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 1011 (QL) (C.A.); *Sornalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 128, per MacKay J.; *Vetter v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 89 F.T.R. 17, per Gibson J.; *Ismaeli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 573 (QL) (T.D.), per Cullen J. In only one case was a correctness standard applied: *Connor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 95 F.T.R. 66, per Reed J.

In the thorough decision of Richard J. in *Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 741 (T.D.), however, the question before this Court is directly addressed. The case involved a Board determination that the applicants were not refugees because they had an “internal flight alternative”. Richard J. examines s. 82.1 of the *Immigration Act* and s. 18.1 of the *Federal Court Act*, which set out the possibility of an application for judicial review of a Board decision, and the grounds upon which such a decision may be reversed. He considers many of the controlling authorities of the day, including *Pezim* and *Bradco*. Although conceding that s. 67(1) of the *Immigration Act* is not a strong private clause, he points out that many cases rely more on the specialized nature of the tribunal in question than on the presence or absence of a private clause and notes: (a) that there is a limited structure for applying for judicial review; (b) that appeals from the Trial Division may only be taken when certified as a “serious question of general importance” under s. 83(1) of the *Immigration Act*; (c) that the structure of refugee determination is not typically adversarial in nature, and that mem-

statut de réfugié. Chose étonnante, on trouve peu de décisions de la Cour fédérale portant sur ce point. Dans la plupart des cas, la norme du caractère manifestement déraisonnable ou de la conclusion «tirée de façon abusive ou arbitraire» a été appliquée. Il s’agissait de décisions relatives au contrôle des conclusions de la Commission sur la crédibilité des témoins: *Yuen c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1045 (QL) (C.A.); *Franco c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1011 (QL) (C.A.); *Sornalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 128, le juge MacKay; *Vetter c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1994), 89 F.T.R. 17, le juge Gibson; *Ismaeli c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 573 (QL) (1^{re} inst.), le juge Cullen. La norme de la décision correcte a été appliquée dans une seule affaire: *Connor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1995), 95 F.T.R. 66, le juge Reed.

Toutefois, dans l’affaire *Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] 1 C.F. 741 (1^{re} inst.), qui portait directement sur la question soumise à notre Cour, le juge Richard a traité de ce point en profondeur. Il s’agissait d’une décision de la Commission selon laquelle les requérants n’étaient pas des réfugiés parce qu’il existait une «possibilité de refuge intérieur». Le juge Richard a étudié l’art. 82.1 de la *Loi sur l’immigration* et l’art. 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, en application desquels peut être présentée une demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission, ainsi que les motifs justifiant l’infirmité d’une telle décision. Il a examiné divers précédents faisant alors autorité dont les arrêts *Pezim* et *Bradco*. Tout en reconnaissant que le par. 67(1) de la *Loi sur l’immigration* n’est pas une clause privative stricte, il a souligné que dans bien des jugements, la cour s’était appuyée davantage sur la nature spécialisée du tribunal en cause que sur la présence ou l’absence d’une clause privative; puis, il a signalé les éléments suivants: a) les possibilités de demande de contrôle judiciaire sont limitées; b) les décisions de la Section de première instance ne peuvent être

bers of the Board have wide powers as to production of evidence and fact-finding; (d) that there is no adverse party; (e) that the international law context, and the implementation of the Refugee Convention in Canadian law is highly complex and therefore requires specialized knowledge; (f) that the members of the Board are experts in their field and draw upon detailed, expert reports from the Documentation Centre of Employment and Immigration Canada. He relies extensively on a commentary by Professor James Hathaway on the Refugee Division, including, at p. 758, the following excerpt:

These evidentiary and contextual concerns make departure from traditional modes of adjudication imperative. We need expert, engaged, activist decision-makers who will pursue substantive fairness rather than technocratic justice. We must not view refugee claimants as opponents or threats, but rather as persons seeking to invoke a right derived from international law. It is the commitment to this kind of flexibility and sensitivity which led Parliament to abolish the previous court of record charged with refugee status determination, and to replace it with an expert tribunal with inquisitorial, non-adversarial jurisdiction.

Finally, he distinguishes this Court's decision in *Mossop*, *supra*, contending that the position of a human rights tribunal is different because its "determination is unrelated to issues of expertise or specialized knowledge and does not require a high degree of deference". He goes on to say: "The questions at issue here are not broad questions involving general principles of statutory interpretation and legal reasoning, but the interpretation of a statutory definition within a specific international law and regulatory framework." He concludes from all these considerations that the standard is

portées en appel que s'il est certifié, conformément à l'art. 83(1) de la *Loi sur l'immigration*, que l'affaire soulève «une question grave de portée générale»; c) le processus de détermination du statut de réfugié n'est généralement pas contradictoire par nature, et les membres de la Commission sont investis de larges pouvoirs en matière de présentation de la preuve et de recherche des faits; d) il n'y a aucune partie adverse; e) le contexte, à savoir le droit international et la mise en œuvre de la Convention relative au statut des réfugiés en droit interne canadien, est fort complexe et nécessite en conséquence des connaissances spécialisées; f) les membres de la Commission sont des experts dans leur sphère d'activité et ils tirent profit des rapports détaillés et fouillés du Centre de documentation d'Emploi et Immigration Canada. Il cite un long extrait des observations du professeur James Hathaway sur la Section du statut de réfugié, dont le passage qui suit, à la p. 758:

En raison du contexte et des diverses considérations ayant trait à la preuve, il est impérieux de s'écarter des mécanismes ordinaires de prise de décision. En effet, les décideurs dont nous avons besoin doivent être à la fois des experts, des activistes et des personnes engagées, qui chercheront à assurer l'équité substantielle plutôt que l'application technocratique de la justice. Nous ne devons pas voir dans les personnes qui revendiquent le statut de réfugié des adversaires ou une menace, mais plutôt des personnes qui invoquent un droit qui leur est reconnu par le droit international. C'est en raison de sa détermination à faire montre d'une telle souplesse et d'une telle sensibilité que le Parlement a aboli l'ancienne cour d'archives qui était chargée de statuer sur les revendications du statut de réfugié et lui a substitué un tribunal spécialisé doté des pourvois d'enquête et d'une procédure non contradictoire.

Enfin, il a estimé que l'arrêt *Mossop*, précité, rendu par notre Cour, pouvait faire l'objet d'une distinction, car la position d'un tribunal des droits de la personne est différente, étant donné que sa «décision n'est pas liée à des questions d'expertise ou de connaissances spéciales et n'exige pas un degré élevé de retenue». Il a ajouté: «Les questions qui se posent en l'espèce ne sont pas des questions générales mettant en cause des principes généraux d'interprétation de la loi et un raisonnement juridique, mais se rapportent à l'interprétation d'une définition légale dans un cadre réglementaire pré-

patent unreasonableness, and that standard ought to apply even to “legal questions before it” (p. 761). On this basis, Richard J. rejected the application for judicial review, finding that the determination of “internal flight alternative” was not patently unreasonable.

(4) The Proper Standard: Correctness

Richard J.’s judgment in *Sivasambo*, described above in some detail, presents admirably the case for a high level of deference to the decision of the Board. In my judgment, however, applying the pragmatic and functional analysis to the Act indicates that the decision of the Board in this case should be subjected to a standard of correctness.

First, s. 83(1) would be incoherent if the standard of review were anything other than correctness. The key to the legislative intention as to the standard of review is the use of the words “a serious question of general importance” (emphasis added). The general importance of the question, that is, its applicability to numerous future cases, warrants the review by a court of justice. Would that review serve any purpose if the Court of Appeal were obliged to defer to incorrect decisions of the Board? Is it possible that the legislator would have provided for an exceptional appeal to the Court of Appeal on questions of “general importance”, but then required that despite the “general importance” of the question, the court accept decisions of the Board which are wrong in law, even clearly wrong in law, but not patently unreasonable? The only way in which s. 83(1) can be given its explicitly articulated scope is if the Court of Appeal — and inferentially, the Federal Court, Trial Division — is permitted to substitute its own opinion for that of the Board in respect of questions of general importance. This view accords with the observations of Iacobucci J. in

cis et dans le contexte du droit international.» Vu toutes ces considérations, il a conclu que la norme à appliquer était celle du caractère manifestement déraisonnable, et que cette norme devait s’appliquer même aux «questions de droit dont [la Section du statut de réfugié] était saisie» (p. 761). Pour ces motifs, le juge Richard a rejeté la demande de contrôle judiciaire, estimant que la décision selon laquelle il existait une «possibilité de refuge intérieur» n’était pas manifestement déraisonnable.

(4) La norme qu’il convient d’appliquer: celle de la décision correcte

La décision du juge Richard dans *Sivasambo*, exposée précédemment de manière assez détaillée, constitue un plaidoyer admirable pour un degré élevé de retenue judiciaire à l’égard de la décision de la Commission. À mon sens, cependant, il appert d’une analyse pragmatique et fonctionnelle de la Loi qu’il y a lieu en l’espèce d’apprécier la décision de la Commission selon la norme de la décision correcte.

Premièrement, le par. 83(1) serait incohérent si la norme de contrôle était autre chose que celle de la décision correcte. L’élément clef de l’intention du législateur quant à la norme de contrôle est l’utilisation des mots «une question grave de portée générale» (je souligne). La portée générale de la question, c’est-à-dire son applicabilité à un grand nombre de cas dans le futur, justifie son examen par une cour de justice. Cet examen aurait-il une utilité quelconque si la Cour d’appel était tenue de déférer aux décisions incorrectes de la Commission? Se peut-il que le législateur ait prévu un appel exceptionnel devant la Cour d’appel sur des questions de «portée générale», mais ait exigé qu’en dépit de la «portée générale» de la question, la cour accepte les décisions de la Commission qui sont erronées en droit, voire clairement erronées en droit, mais non manifestement déraisonnables? Il n’est possible de respecter la portée du par. 83(1), telle qu’explicitement formulée, qu’en autorisant la Cour d’appel — et, par déduction, la Section de première instance de la Cour fédérale — à substituer sa propre opinion à celle de la Commission sur les questions d’importance générale. Cette

42

43

Southam, supra, at para. 36, that a determination which has “the potential to apply widely to many cases” should be a factor in determining whether deference should be shown. While previous Federal Court decisions, including, arguably, the dispute in *Sivasambo*, involve significant determinations of facts, or at the highest, questions of mixed fact and law, with little or no precedential value, this case involves a determination which could disqualify numerous future refugee applicants as a matter of law. Indeed, the decision of the Board in this case would significantly narrow its own role as an evaluator of fact in numerous cases.

44 In short, s. 83(1) of the Act grants a statutory right of appeal based upon the criterion of “generality”. The principle described in *Southam* and applied in many other cases, which is really no more than an assumption as to legislative intent, is reinforced by explicit statutory inclusion.

45 Moreover, the Board appears to enjoy no relative expertise in the matter of law which is the object of judicial review here. A clear majority of this Court has found in a number of cases that deference should not be shown by courts to human rights tribunals with respect to “general questions of law” (*Mossop, supra*, at p. 585), even legal rules indisputably at the core of human rights adjudication. The categorical nature of this rule has been mitigated by observations in other cases, however. As La Forest J. stated for the entire Court in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 29:

That having been said, I do not think the fact-finding expertise of human rights tribunals should be restrictively interpreted, and it must be assessed against the backdrop of the particular decision the tribunal is called upon to make. . . A finding of discrimination is

assertion s’accorde avec les observations du juge Iacobucci dans *Southam*, précité, au par. 36, selon lesquelles le fait qu’une décision est «susceptible de s’appliquer à un grand nombre de cas» doit jouer au moment de décider s’il y a lieu de faire montre de retenue. Bien que certaines décisions antérieures de la Cour fédérale, dont, on pourrait le soutenir, *Sivasambo*, aient tranché d’importantes questions de fait, ou à la limite des questions de fait et de droit ayant peu ou pas de valeur comme précédent, le cas qui nous occupe a pour sujet principal un motif d’exclusion qui, en tant que question de droit, risque d’affecter un grand nombre de futurs demandeurs de statut. En réalité, la décision de la Commission en l’espèce restreindrait de façon importante son propre rôle comme juge des faits dans de nombreuses affaires.

Bref, le par. 83(1) de la Loi accorde un droit d’appel fondé sur le critère de la «généralité». Le principe décrit dans *Southam* et appliqué dans de nombreux autres arrêts, qui n’est en réalité rien de plus qu’une hypothèse quant à l’intention du législateur, est renforcé par l’inclusion explicitement prévue dans la loi.

Au surplus, la Commission ne semble avoir aucune expertise relative quant à la question de droit qui fait l’objet du présent contrôle judiciaire. Notre Cour a conclu à la majorité dans plusieurs arrêts que les cours de justice ne devraient pas faire preuve de retenue envers les tribunaux des droits de la personne relativement aux «questions générales de droit» (*Mossop*, précité, à la p. 585), ni même relativement à des règles de droit incontestablement au cœur du processus décisionnel en matière de droits de la personne. Des observations faites dans d’autres arrêts ont cependant atténué la nature impérative de cette règle. Comme l’a dit le juge La Forest pour la Cour siégeant au complet dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 29:

Cela dit, je ne crois pas qu’il y ait lieu d’interpréter restrictivement l’expertise des tribunaux des droits de la personne en matière d’appréciation des faits, et qu’il faille l’apprécier en fonction des décisions qu’ils sont appelés à rendre. [. . .] Une conclusion à l’existence de

impregnated with facts, facts which the Board of Inquiry is in the best position to evaluate. . . . Given the complexity of the evidentiary inferences made on the basis of the facts before the Board, it is appropriate to exercise a relative degree of deference to the finding of discrimination, in light of the Board's superior expertise in fact-finding, a conclusion supported by the existence of words importing a limited privative effect into the constituent legislation. [Emphasis added.]

A similar approach is adopted by the majority in *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 370.

Although the precise degree of deference which should be accorded to a human rights tribunal may still be open to question, the factors militating against deference in those cases apply with much greater force to the issues here. In those cases, the relationship relevant for considering the proper standard of review was that between a tribunal with specific expertise and experience in human rights adjudication, and provisions whose purpose is to protect human rights. The provision in question here shares that purpose. In *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at p. 733, La Forest J. found the purpose underlying the Convention to be "the international community's commitment to the assurance of basic human rights without discrimination". As I will explain in the course of the next section, Article 1F(c) is at the core of this human rights purpose.

But the Board's expertise in matters relating to human rights is far less developed than that of human rights tribunals. The expertise of the Board is in accurately evaluating whether the criteria for refugee status have been met and, in particular, assessing the nature of the risk of persecution faced by the applicant if returned to his or her country of origin. Unlike the situation of a human rights tribunal, the relationship between the expertise and the provision in question here is remote. Only 10 percent of the members of the Board are

discrimination repose essentiellement sur des faits que la commission d'enquête est la mieux placée pour évaluer. [...] Étant donné la complexité des déductions probatoires découlant des faits présentés à la commission d'enquête, il convient de faire preuve d'une certaine retenue envers la conclusion à l'existence de discrimination, vu l'expertise supérieure de la commission d'enquête en matière d'appréciation des faits, laquelle conclusion est étayée par la présence de mots qui confèrent à la loi constituante un effet privatif limité. [Je souligne.]

Les juges majoritaires ont adopté une approche semblable dans *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, à la p. 370.

Bien que le degré précis de retenue dont il faudrait faire preuve envers un tribunal des droits de la personne puisse toujours être sujet à controverse, les facteurs militant contre la retenue dans ces affaires s'appliquent avec beaucoup plus de force aux questions en l'espèce. Dans ces affaires, le rapport pertinent quant à l'examen de la norme de contrôle appropriée était celui qui existe entre un tribunal possédant une expertise et une expérience particulières dans la prise de décision en matière de droits de la personne, et les dispositions qui ont pour objectif la protection des droits de la personne. La disposition en cause ici partage cet objectif. Dans *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, à la p. 733, le juge La Forest a conclu que l'objectif sur lequel repose la Convention est «l'engagement qu'a pris la communauté internationale de garantir, sans distinction, les droits fondamentaux de la personne». Comme je l'expliquerai dans la prochaine section, la section Fc) de l'article premier est au cœur de cet objectif en matière de droits de la personne.

Mais l'expertise de la Commission en matière de droits de la personne est beaucoup moins étendue que celle des tribunaux des droits de la personne. L'expertise de la Commission consiste à apprécier de façon exacte si les critères nécessaires pour obtenir le statut de réfugié ont été respectés et, plus particulièrement, à apprécier la nature du risque de persécution auquel sera confronté le requérant s'il est renvoyé dans son pays d'origine. Contrairement à la situation d'un tribunal des droits de la personne, le lien entre l'expertise et la

required to be lawyers (s. 61(2)) and there is no requirement that there be a lawyer on every panel. While this may not be a liability for the purposes of assessing the risk of persecution of an applicant if returned to his or her country of nationality, it renders unthinkable reposing the broad definition of a basic human rights guarantee exclusively in the hands of the Board. Nor is there any indication that the Board's experience with previous factual determinations of risk of persecution gives it any added insight into the meaning or desirable future development of the provision in question here. Unlike many cases involving determinations by human rights tribunals, this case does not involve any significant "impregnation" of legal principle with fact, as demonstrated by the ease with which the reviewing court was able to extract a question of general importance for the purposes of s. 83(1). Here, the legal principle is easily separable from the undisputed facts of the case and would undoubtedly have a wide precedential value. It bears repeating that with this determination, the tribunal is in fact seeking to stifle the application of its own expertise, rather than exercise it. The factual expertise enjoyed by this administrative decision-maker does not aid it in the interpretation of this general legal principle.

disposition en cause ici est faible. Seulement 10 pour 100 des membres de la Commission sont obligatoirement des avocats (par. 61(2)) et il n'est pas nécessaire que chaque formation comprenne un avocat. Bien que cela puisse ne pas nuire à l'appréciation du risque de persécution contre la personne d'un requérant s'il est renvoyé dans son pays de nationalité, cela rend impensable que l'on confie exclusivement à la Commission la définition générale d'une garantie fondamentale en matière de droits de la personne. Et rien n'indique que l'expérience acquise par la Commission en matière de détermination factuelle du risque de persécution lui donne quelque connaissance supplémentaire du sens ou de l'évolution souhaitable de la disposition en cause ici. Contrairement à de nombreuses affaires mettant en cause des décisions rendues par des tribunaux des droits de la personne, dans la présente affaire, le principe de droit n'est pas «imprégné» de faits, comme le démontre la facilité avec laquelle la cour appelée à exercer le contrôle judiciaire a pu extraire une question de portée générale pour l'application du par. 83(1). En l'espèce, le principe de droit peut aisément être séparé des faits non contestés de l'affaire et aurait sans aucun doute une grande valeur comme précédent. Il vaut la peine de répéter que, au moyen de cette décision, le tribunal cherche en fait à restreindre l'application de sa propre expertise, plutôt qu'à l'exercer. L'expertise factuelle dont jouit ce tribunal administratif ne lui est d'aucun secours pour l'interprétation de ce principe de droit général.

48

Nor can the Board be characterized as performing a "managing" or "supervisory" function, as was found in *Southam* and *National Corn Growers*. The Board itself is not responsible for policy evolution. The purpose of the Convention — and particularly that of the exclusions contained in Article 1F — is clearly not the management of flows of people, but rather the conferral of minimum human rights' protection. The context in which the adjudicative function takes place is not a "polycentric" one of give-and-take between different groups, but rather the vindication of a set of relatively static human rights, and ensuring that

On ne peut affirmer non plus que la Commission accomplit une fonction de «gestion» ou de «surveillance» comme la Cour l'a dit dans les arrêts *Southam* et *National Corn Growers*. La Commission elle-même n'est pas responsable de l'élaboration des politiques. L'objectif de la Convention — et en particulier celui des exclusions énoncées à la section Fc) de l'article premier — n'est, de toute évidence, pas la gestion des flux de personnes, mais bien l'instauration d'un régime de protection minimale des droits de la personne. Le contexte dans lequel la fonction juridictionnelle est exercée n'est pas «polycentrique»; il ne s'agit pas de concilier les intérêts de différents groupes, mais plutôt de donner effet à un ensemble de droits de la per-

those who fall within the prescribed categories are protected.

Added to these indications of the intent of the legislator with regard to the development of general legal principles, is the absence of a strong privative clause. Indeed, read in the light of s. 83(1), it appears quite clear that the privative clause, such as it is, is superseded with respect to questions of “general importance”. As has been emphasized above, the “pragmatic and functional” approach allows differing standards of deference even within different sections of the same Act, and with regard to different types of decisions taken by the tribunal in question. Here, the wording of the privative clause goes hand in hand with the fourth factor of the functional and pragmatic analysis, namely, that determinations of abstract principles with wide application is a factor militating against deference.

I conclude that a correctness standard applies to determinations of law by the Board. *Sivasambo* dealt with review of a question of a significantly different nature and I wish to emphasize that I make no comment about the correctness of that decision, specific as it is to the facts presented there.

B. Principles of Treaty Interpretation: Determining the Purpose of Article 1F(c)

Although some non-governmental organizations advocated the determination of exclusion under Article 1F(c) of the Convention by the United Nations High Commissioner for Refugees, it was ultimately decided that each contracting state would decide for itself when a refugee claimant is within the scope of the exclusion clause (J. C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (1991), at pp. 214-15). Since the purpose of the Act incorporating Article 1F(c) is to implement the underlying Convention, the Court must adopt an interpretation consistent with Canada’s obligations under the Convention. The wording of the Convention and the rules of treaty interpretation will therefore be

sonne assez statiques et d’assurer la protection des personnes qui appartiennent aux catégories définies.

Il faut ajouter à ces indications quant à l’intention du législateur touchant l’élaboration de principes de droit généraux l’absence d’une clause privative stricte. En effet, il ressort nettement du rapprochement de la clause privative dans sa formulation actuelle et du par. 83(1), que la première est annulée pour ce qui est des questions de «portée générale». Comme cela a déjà été souligné, l’analyse «pragmatique et fonctionnelle» permet des normes de retenue distinctes même entre les dispositions d’une même loi et même entre les types de décisions prises par le tribunal en cause. En l’espèce, le libellé de la clause privative va de pair avec le quatrième facteur de l’analyse pragmatique et fonctionnelle, à savoir que les décisions sur des principes abstraits d’application générale représentent un facteur militant contre la retenue judiciaire.

Je conclus que la norme de la décision correcte s’applique aux décisions rendues sur des points de droit par la Commission. La décision *Sivasambo* comportait une analyse de nature bien différente et je tiens à souligner que je ne me prononce pas sur le caractère correct de cette décision, qui reposait sur les faits propres de l’espèce.

B. Principes d’interprétation des traités: détermination de l’objet de la section Fc) de l’article premier

Quoique certains organismes non gouvernementaux aient préconisé que l’application de l’exclusion prévue par la section Fc) de l’article premier de la Convention soit déterminée par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, il a finalement été décidé qu’il incomberait à chaque État contractant de déterminer quels demandeurs du statut de réfugié étaient visés par la clause d’exclusion (J. C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (1991), aux pp. 214 et 215). Comme l’objet de la Loi incorporant la section Fc) de l’article premier est de mettre en œuvre la Convention sous-jacente, la Cour doit adopter une interprétation compatible avec les obligations du Canada en

49

50

51

applied to determine the meaning of Article 1F(c) in domestic law (*Ward, supra*, at pp. 713-16).

vertu de la Convention. On aura donc recours au texte de la Convention et aux règles d'interprétation des traités pour déterminer le sens de la section Fc) de l'article premier en droit interne (*Ward, précité*, aux pp. 713 à 716).

52

Those rules are succinctly articulated in the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37 ("Vienna Convention"), which states:

Ces règles sont énoncées succinctement dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37 («Convention de Vienne»):

ARTICLE 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

- (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;
- (b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

- (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
- (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
- (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

ARTICLE 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of

ARTICLE 31

Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:

- a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;
- b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

- a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
- b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
- c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

ARTICLE 32

Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'appli-

article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

These rules have been applied by this Court in two recent cases, one involving direct incorporation of treaty provisions (*Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551) and another involving a section of the *Immigration Act* intended to implement Canada's obligations under the Convention (*Ward, supra*). In the latter case, La Forest J. makes use of several interpretative devices: the drafting history of, and preparatory work on the provision in question; the United Nations High Commissioner for Refugees' *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* ("UNHCR Handbook"), and previous judicial comment on the purpose and object of the treaty. Indeed, at p. 713, La Forest J. was willing to consider submissions of individual delegations in the *travaux préparatoires*, although he recognized that, depending on their content and on the context, such statements "may not go far" in supporting one interpretation over another.

Although these rules of interpretation were accepted in general terms in the courts below and by the parties, there is substantial disagreement as to precisely what those rules mean in the context of Article 1F(c) of the Convention as incorporated by s. 2(1) of the Act. In deciding on the relative weight to be accorded the various interpretative sources made available under the Vienna Convention, Strayer J.A. found that the terms "purposes and principles of the United Nations" were relatively clear. He was also of the opinion that the *travaux préparatoires* were confused, ambiguous, or unrepresentative, and therefore, "completely unhelpful". The UNHCR Handbook, which was accepted as a valid source under Article 31(3)(b) of the Vienna Convention, was considered "far from emphatic" as to the meaning of Article 1F(c). Finally, the categorization of the purpose of the Convention as a "human rights' instrument" did

cation de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:

- a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Ces règles ont été appliquées par notre Cour dans deux arrêts récents, l'un portant sur l'incorporation directe des dispositions d'un traité (*Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551) et l'autre, sur un article de la *Loi sur l'immigration* conçu pour mettre à exécution les obligations du Canada en vertu de la Convention (*Ward*, précité). Dans celui-ci, le juge La Forest a utilisé divers moyens d'interprétation: l'historique de la rédaction et les travaux préparatoires en ce qui concerne la disposition en cause; le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés («Guide du HCNUR»); les commentaires antérieurs de la jurisprudence relatifs au but et à l'objet du traité. En effet, à la p. 713, le juge La Forest s'est montré disposé à tenir compte des propositions des divers délégués exposées dans les travaux préparatoires, encore qu'il ait reconnu que, selon leur teneur et leur contexte, ces textes «ne permet[tent] peut-être pas vraiment» de privilégier l'une ou l'autre interprétation.

Bien que ces règles d'interprétation aient été acceptées de façon générale par les juridictions inférieures et par les parties, un désaccord important subsiste au sujet du sens précis de ces règles dans le contexte de la section Fc) de l'article premier de la Convention telle qu'incorporée par le par. 2(1) de la Loi. Pour déterminer le poids relatif à accorder aux diverses sources concernant l'interprétation qui sont admises en application de la Convention de Vienne, le juge Strayer a décidé que les mots «but et principes des Nations Unies» étaient assez clairs. Il a également émis l'avis que les travaux préparatoires étaient confus, ambigu et non représentatifs, et donc «tout à fait inutiles». Quant au Guide du HCNUR, tenu pour être une source valable sous le régime de la section 3b) de l'art. 31 de la Convention de Vienne, il a jugé qu'il était «loin d'être catégorique» sur la question du sens de la section Fc) de l'article premier. Finalement,

not favour the applicant. Indeed, Strayer J.A. tacitly rejected this purpose as an interpretative guide by adopting the words of Robertson J.A. in *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), at p. 307:

As persuasive as the commentaries may be, I am bound to approach the application of the exclusion clause, first, by reference to the existing jurisprudence of this Court and, second, by reference to the clear intent of the signatories to the Convention. Where, however, there is an unresolved ambiguity or issue, the construction most agreeable to justice and reason must prevail.

55

In my view, the Federal Court of Appeal erred in dismissing the objects and purposes of the treaty, and in according virtually no weight to the indications provided in the *travaux préparatoires*. As will be seen later, the legislative history of Article 1F indicates that the signatories to the Convention wished to ascribe a special meaning to the words “purposes and principles of the United Nations” in the context of the Convention. In *Ward*, La Forest J. carefully used each of these interpretative tools as a means of understanding the objects and purposes of the Convention as a whole, and the particular provisions being interpreted. The extremely general words in Article 1F(c) are not so unambiguous as to foreclose examination of other indications of the proper scope of the provision. An examination of the purpose and context of the treaty as a whole, as well as the purpose of the individual provision in question as suggested by the *travaux préparatoires*, provide helpful interpretative guidelines.

56

The starting point of the interpretative exercise is, first, to define the purpose of the Convention as a whole, and, second, the purpose and place of Article 1F(c) within that scheme. In *Ward*, La Forest J., speaking for the entire Court at p. 709, stated that:

ment, l'affirmation voulant que l'objet de la Convention en fasse un «instrument de défense des “droits de l'homme”» ne jouait pas en faveur du requérant. En effet, le juge Strayer a refusé tacitement de considérer que cet objet pouvait aider à interpréter la clause en faisant siens les propos du juge Robertson dans l'arrêt *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), à la p. 307:

Quelque convaincants que puissent être les commentaires, je suis tenu de considérer l'application de la disposition d'exclusion en tenant compte, tout d'abord, de la jurisprudence de cette Cour, puis de l'intention manifeste des signataires de la Convention. Lorsque, par contre, il existe une ambiguïté ou une question non résolue, l'interprétation la plus conforme à la justice et à la raison doit prévaloir.

À mon avis, la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en rejetant les objets et les buts du traité, et en n'accordant presque aucun poids aux indications fournies par les travaux préparatoires. Comme nous le verrons plus loin, l'historique de la section F de l'article premier révèle que les signataires de la Convention voulaient que les mots «buts et principes des Nations Unies» soient entendus dans un sens particulier. Dans *Ward*, le juge La Forest a minutieusement utilisé chacune de ces aides explicatives pour comprendre les objets et les buts de la Convention dans son ensemble et les dispositions particulières en cause. Le langage très général employé à la section Fc) de l'article premier n'est pas clair au point d'interdire tout examen des autres indications quant au sens à donner à cette disposition. L'examen de l'objet et du contexte du traité dans son ensemble, ainsi que de l'objet de la disposition en cause tel qu'il ressort des travaux préparatoires, peut nous guider utilement dans notre interprétation.

Le point de départ de toute interprétation consiste, tout d'abord, à définir l'objet de la Convention dans son ensemble, et ensuite, à déterminer l'objet et la place de la section Fc) de l'article premier au sein du régime que la Convention établit. Dans *Ward*, le juge La Forest a exprimé au nom de la Cour unanime l'opinion suivante, à la p. 709:

International refugee law was formulated to serve as a back-up to the protection one expects from the state of which an individual is a national. It was meant to come into play only in situations when that protection is unavailable, and then only in certain situations. The international community intended that persecuted individuals be required to approach their home state for protection before the responsibility of other states becomes engaged. For this reason, James Hathaway refers to the refugee scheme as “surrogate or substitute protection”, activated only upon failure of national protection; see *The Law of Refugee Status* (1991), at p. 135.

Using a textual analysis of the Convention itself, and taking account of the views of commentators, La Forest J., at p. 733, defines the purpose of the Convention with reference to the specific issue of the definition of refugee, which is precisely the issue in this case as well:

Underlying the Convention is the international community’s commitment to the assurance of basic human rights without discrimination. This is indicated in the preamble to the treaty as follows:

CONSIDERING that the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights approved on 10 December 1948 by the General Assembly have affirmed the principle that human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination.

This theme outlines the boundaries of the objectives sought to be achieved and consented to by the delegates. It sets out, in a general fashion, the intention of the drafters and thereby provides an inherent limit to the cases embraced by the Convention. Hathaway, *supra*, at p. 108, thus explains the impact of this general tone of the treaty on refugee law:

The dominant view however, is that refugee law ought to concern itself with actions which deny human dignity in any key way, and that the sustained or systemic denial of core human rights is the appropriate standard.

This theme sets the boundaries for many of the elements of the definition of “Convention refugee”.

Le droit international relatif aux réfugiés a été établi afin de suppléer à la protection qu’on s’attend à ce que l’État fournisse à ses ressortissants. Il ne devait s’appliquer que si la protection ne pouvait pas être fournie, et même alors, dans certains cas seulement. La communauté internationale voulait que les personnes persécutées soient tenues de s’adresser à leur État d’origine pour obtenir sa protection avant que la responsabilité d’autres États ne soit engagée. C’est pourquoi James Hathaway qualifie le régime des réfugiés de [TRADUCTION] «protection auxiliaire ou supplétive» fournie uniquement en l’absence de protection nationale; voir *The Law of Refugee Status* (1991), à la p. 135.

Procédant à l’analyse textuelle de la Convention et prenant en considération les vues des commentateurs, le juge La Forest définit, aux pp. 733 et 734, l’objet de la Convention par rapport à la question expresse de la définition du mot «réfugié», qui est aussi précisément la question visée par le présent pourvoi:

La Convention repose sur l’engagement qu’a pris la communauté internationale de garantir, sans distinction, les droits fondamentaux de la personne. C’est ce qu’indique le préambule du traité:

CONSIDÉRANT que la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l’homme approuvée le 10 décembre 1948 par l’Assemblée générale ont affirmé ce principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l’homme et des libertés fondamentales.

Ce thème donne un aperçu des limites des objectifs que les délégués cherchaient à atteindre et dont ils avaient convenu. Il énonce, d’une façon générale, l’intention des rédacteurs et fixe de ce fait une limite inhérente aux cas visés par la Convention. Hathaway, *op. cit.*, à la p. 108, explique ainsi l’incidence de ce ton général du traité sur le droit relatif aux réfugiés:

[TRADUCTION] Toutefois, le point de vue dominant est que le droit relatif aux réfugiés devrait s’appliquer aux actions qui nient d’une manière fondamentale la dignité humaine, et que la négation soutenue ou systématique des droits fondamentaux de la personne est la norme appropriée.

Ce thème fixe les limites de bien des éléments de la définition de l’expression «réfugié au sens de la Convention».

57

The human rights character of the Convention is further confirmed by the “Objectives” section of the Act:

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need

(g) to fulfil Canada’s international legal obligations with respect to refugees and to uphold its humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted; [Emphasis added.]

This overarching and clear human rights object and purpose is the background against which interpretation of individual provisions must take place.

58

The purpose of Article 1 is to define who is a refugee. Article 1F then establishes categories of persons who are specifically excluded from that definition. The purpose of Article 33 of the Convention, by contrast, is not to define who is and who is not a refugee, but rather to allow for the *refoulement* of a *bona fide* refugee to his or her native country where he or she poses a danger to the security of the country of refuge, or to the safety of the community. This functional distinction is reflected in the Act, which adopts Article 1F as part of s. 2, the definitional section, and provides for the Minister’s power to deport an admitted refugee under s. 53, which generally incorporates Article 33. Thus, the general purpose of Article 1F is not the protection of the society of refuge from dangerous refugees, whether because of acts committed before or after the presentation of a refugee claim; that purpose is served by Article 33 of the Convention. Rather, it is to exclude *ab initio* those who are not *bona fide* refugees at the time of their claim for refugee status. Although all of the acts described in Article 1F could presumably fall within the grounds for *refoulement* described in Article 33, the two are distinct. This reasoning must also be applied when considering whether the acts falling under Article 1F(c) must

Le caractère de la Convention en tant qu’instrument de défense des droits de la personne est en outre étayé par l’article de la Loi définissant les «objectifs»:

3. La politique canadienne d’immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité:

g) de remplir, envers les réfugiés, les obligations imposées au Canada par le droit international et de continuer à faire honneur à la tradition humanitaire du pays à l’endroit des personnes déplacées ou persécutées; [Je souligne.]

Ces objets et ces buts généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne, constituent le contexte dans lequel doit s’inscrire l’interprétation à donner aux diverses dispositions.

L’objet de l’article premier est de définir le terme réfugié. Puis, la section F de l’article premier établit les catégories de personnes expressément exclues de la définition. L’objet de l’art. 33 de la Convention, par contraste, n’est pas d’établir qui a la qualité de réfugié, mais bien de permettre le *refoulement* d’un réfugié authentique vers son pays natal s’il constitue un danger pour le pays d’accueil ou pour la communauté dudit pays. Cette distinction fonctionnelle est reflétée dans la Loi, laquelle, d’une part, intègre la section F de l’article premier à l’art. 2, l’article définitoire, et d’autre part, confère au ministre, à l’art. 53, où sont reprises généralement les dispositions de l’art. 33, le pouvoir d’expulser un réfugié admis comme tel. Par conséquent, l’objet général de la section F de l’article premier n’est pas de protéger le pays d’accueil contre les réfugiés dangereux, que ce soit en raison d’actes commis avant ou après la présentation de la revendication du statut de réfugié; c’est l’art. 33 de la Convention qui vise cet objectif. Il est plutôt d’exclure *ab initio* ceux qui ne sont pas des réfugiés authentiques au moment de la présentation de leur revendication. Bien que tous les actes visés à la section F de l’article premier puissent vraisemblablement être assimilés aux motifs de *refoulement* visés à l’art. 33, ce sont des dispo-

be acts performed outside the country of refuge, as argued by the appellant. In my opinion, the *refoulement* provisions cannot be invoked to read into Article 1F(c) any such limitation. Where geographical limitations were required, the Convention specifically provided for them, as evidenced by the terms of Article 1F(b). The relevant criterion here is the time at which refugee status is obtained. In other words, Article 1F(c) being referable to the recognition of refugee status, any act performed before a person has obtained that status must be considered relevant pursuant to Article 1F(c).

Some light may be shed on the purpose of Article 1F(c) as distinct from Article 1F(a) and F(b) from the *travaux préparatoires* and from the contemporaneous meaning of the terms used. The precursor of Article 1F stated:

ARTICLE I

DEFINITION OF THE TERM "REFUGEE"

D. No contracting State shall apply the benefits of this Convention to any person who in its opinion has committed a crime specified in article VI of the London Charter of the International Military Tribunal or any other act contrary to the purposes and principles of the Charter of the United Nations. [Emphasis added.]

(UN Doc. E/L. 82)

The inclusion of the underlined words, which eventually were incorporated as Article 1F(c), generated considerable discussion in the Social Committee of the Economic and Social Council where the Convention was being negotiated. The Canadian, Chilean, and Pakistani delegates all expressed concern that the vague and potentially overbroad exclusionary clause would undermine the primary purpose of the Convention, and give states a means to easily reject individuals who

sitions distinctes. Il faut également appliquer ce raisonnement lorsqu'il s'agit de décider si les actes visés à la section Fc) de l'article premier doivent être des actes commis en dehors du pays d'accueil, comme le soutient l'appelant. À mon avis, les dispositions concernant le refoulement ne peuvent pas être invoquées pour introduire une telle limitation dans la section Fc) de l'article premier. Là où des limitations géographiques étaient nécessaires, la Convention les a prévues, comme en fait foi la section Fb) de l'article premier. Le critère pertinent en l'occurrence est le moment où le statut de réfugié a été reconnu. Autrement dit, la section Fc) de l'article premier se rapportant à la reconnaissance du statut de réfugié, tout acte accompli avant qu'une personne ait obtenu ce statut doit être tenu pour pertinent au regard de la section Fc) de l'article premier.

Les travaux préparatoires et le sens attribué aux termes employés à l'époque de ces travaux peuvent servir à préciser l'objet de la section Fc) de l'article premier par opposition aux sections Fa) et Fb) de l'article premier. La section F de l'article premier, dans sa version antérieure, était ainsi conçue:

ARTICLE I

DÉFINITION DU TERME «RÉFUGIÉ»

D. Aucun des États contractants ne fera bénéficier des dispositions de la présente Convention une personne qu'il considère avoir commis un crime défini dans l'article VI du Statut du Tribunal militaire international approuvé à Londres, ou tout autre acte contraire aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies. [Je souligne.]

(NU Doc. E/L.82)

L'insertion des mots soulignés, qui ont fini par être intégrés au texte de la section Fc) de l'article premier, a suscité de longs débats au sein du Comité social du Conseil économique et social où a été négociée la Convention. Les délégués canadien, chilien et pakistanais ont tous exprimé leur inquiétude à propos du caractère vague et de la portée peut-être excessive de la clause d'exclusion qui risquaient de miner l'objectif principal de la Convention et de donner aux États un moyen de refu-

deserved protection. The French delegate responded that the provision was aimed at “certain individuals who, though not guilty of war crimes, might have committed acts of similar gravity against the principles of the United Nations, in other words, crimes against humanity” (UN Doc. E/AC.7/SR.166, 22 August 1950, at p. 4). He was concerned that acts criminalized by the London *Charter of the International Military Tribunal*, 82 U.N.T.S. 280, would only be found to exist where a war had actually taken place. This would allow all manner of atrocities to be committed without the London Charter being violated simply because of the absence of military, interstate conflict. The reference to the London Charter alone, therefore, would fail to include

tyrants . . . guilty of acts contrary to the purposes and principles of the Charter, who had by such acts helped to create the fear from which the refugees had fled. The fact that they had themselves become suspect to their superiors and were in their turn a prey to the fear which they had themselves created, would . . . certainly not [entitle them] to the automatic benefit of the international protection granted to refugees.

(E/AC.7/SR.166, at p. 6)

60

While a statement such as this one is far from authoritative in determining the purpose of what emerged as Article 1F(c), two points may be taken from these statements. The first is that the London Charter, in addition to describing crimes against the peace and war crimes, also described “crimes against humanity” such as “murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal” (as quoted in H. M. Kindred et al., *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (1993)), at p. 448 (emphasis added). As articulated in the London Charter, then, a crime against humanity was tied to the punishment of crimes of war and crimes in times of peace. Although as it finally emerged, Article 1F(a) actually spelled out the individual offences contained in the London Charter, including

ser facilement des personnes méritant d’être protégées. Le délégué de la France a répondu que la disposition visait «certains individus qui, sans avoir commis des crimes de guerre, ont pu commettre des actes d’une gravité semblable contre les principes des Nations Unies, c’est-à-dire, en fait, des crimes contre l’humanité» (Doc. NU E/AC.7/SR.166, 22 août 1950, à la p. 4). Sa préoccupation était que les actes criminalisés par le *Statut du Tribunal militaire international*, 82 R.T.N.U. 281, approuvé à Londres, ne seraient constatés que dans les cas où une guerre avait eu lieu. Toutes sortes d’atrocités pourraient ainsi être commises sans violation du Statut de Londres simplement à cause de l’absence de conflit militaire interétatique. La seule mention du Statut de Londres n’aurait donc pas pour effet d’inclure

[les] tyrans qui auront [. . .] commis des actes contraires aux buts et principes de la Charte et contribué ainsi à créer cette crainte devant laquelle fuient les réfugiés. Le fait de devenir suspects à leurs propres chefs et de subir cette crainte qu’ils ont fait régner [ne] leur vaudra [. . .] certainement pas le bénéfice automatique de la protection internationale pour les réfugiés.

(E/AC.7/SR.166, à la p. 6)

Quoiqu’une telle proposition soit loin de faire autorité pour ce qui est de déterminer l’objet de la section Fc) de l’article premier actuel, elle m’autorise à faire deux remarques. Premièrement, en plus des crimes contre la paix et des crimes de guerre, le Statut de Londres visait les «crimes contre l’humanité» tels [TRADUCTION]«l’assassinat, l’extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions ont été commis pour perpétrer tout crime relevant de la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime» (cité dans H. M. Kindred et autres, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (1993)), à la p. 448 (je souligne). Selon le Statut de Londres, le crime contre l’humanité était donc lié au châtement des crimes de guerre et des crimes commis en temps de paix. Bien que dans sa version définitive, la section Fa)

“a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes”, there is a clearly articulated concern by the French delegate, of which he persuaded the other delegations, that the crimes against humanity described in the London Charter were confined to those related to the occurrence of a war. Though initially one of the objectors who considered the provision dangerously vague, the Canadian delegate eventually agreed that the individuals caught by Article 1F(c) and not otherwise identified by the London Charter were those “persons who had abused positions of authority by committing crimes against humanity, other than war crimes” (E/AC.7/SR.166, at p. 10 (emphasis added)). In short, the delegates whose minds were changed by the statement of the French delegate believed that they were identifying non-war-related crimes against humanity and that this was a distinct concept worthy of a separate provision, even if the acts falling into that category could not be clearly enumerated at that time.

It must also be noted that the principle of exclusion by reason of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations was found in embryonic form in the International Refugee Organization Constitution which also sought to exclude “those who, since the end of the Second World War, had participated in any organization seeking the overthrow by armed force of a government of a UN member State, or in any terrorist organization; or who were leaders of movements hostile to their government or sponsors of movements encouraging refugees not to return to their country of origin” (G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2nd ed. 1996), at p. 108). This is consistent with the position of the British representative who stated that acts contrary to the purposes and principles of the UN comprised the subversion and overthrow of democratic regimes. Other participants were opposed to this interpretation, however, because it was seen to conflict with the right to self-determination (Hathaway, *supra*, at p. 228). The confusion prob-

de l'article premier énumère les crimes contenus dans le Statut de Londres, dont «un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes», le délégué français s'est clairement dit inquiet — et il a persuadé les autres délégations — de ce que les crimes contre l'humanité visés par le Statut de Londres étaient limités à ceux relatifs à l'état de guerre. Bien qu'il ait été initialement l'un des opposants qui jugeaient la disposition dange-reusement vague, le délégué canadien a fini par convenir que les personnes tombant sous le coup de la section Fc) de l'article premier et non visées par ailleurs par le Statut de Londres étaient les «personnes qui auraient abusé de leur autorité pour commettre des crimes contre l'humanité autre que des crimes de guerre» (E/AC.7/SR.166, à la p. 10 (je souligne)). Bref, les délégués qui se sont ravisés à la suite de l'intervention du délégué français croyaient que la clause à l'étude concernait les crimes contre l'humanité non liés à la guerre et qu'il s'agissait d'un concept distinct justifiant une clause séparée, même si les actes visés par cette catégorie ne pouvaient pas être clairement énumérés à ce moment-là.

Il faut également remarquer que le principe de l'exclusion en raison d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies se trouvait à l'état embryonnaire dans la Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés qui tendait aussi à exclure [TRADUCTION] «ceux qui, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, avaient fait partie d'une organisation cherchant à renverser par la force armée le gouvernement d'un État membre des Nations Unies, ou avaient fait partie d'une organisation terroriste; ou qui étaient à la tête de mouvements hostiles à leur gouvernement ou qui dirigeaient des mouvements encourageant les réfugiés à ne pas retourner dans leur pays d'origine» (G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e éd. 1996), à la p. 108). Cela concorde avec la position du délégué britannique qui a dit que les agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies englobaient la subversion et le renversement des régimes démocratiques. D'autres participants ont cependant contesté cette interprétation, parce qu'ils estimaient

ably explains why the UNHCR Handbook, at paras. 162-63, does not consider that Article 1F(c) introduces “any specific new element”.

62

Of course, the purposes and principles of the United Nations are set out in the Preamble and Articles 1 and 2 of the *Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7. But the statement found there is principally organizational; its general wording also allows for a dynamic interpretation of state obligations, which must be adapted to the changing international context. The principles set out in the UN Charter are in fact often developed in other international instruments and in decisions of the International Court of Justice, as well as in the jurisprudence of signatory states. Hathaway, *supra*, at p. 227, concludes that the multiple interpretations of Article 1F(c) “mirror its confused drafting history”. The article is a residual clause which the UNHCR Handbook suggests, “due to its very general character, should be applied with caution” (para. 163). In reading the *travaux préparatoires*, one is easily convinced that the delegates participating in the Social Committee meetings intended to give the words “purposes and principles of the United Nations” a narrower and more focused meaning than that which would naturally be inferred by reading the UN Charter. The work of the drafting subcommittee and the resolutions of various bodies that followed are evidence of an effort to create a consensus on the special meaning to be given to the terms used in Article 1F(c).

63

What is crucial, in my opinion, is the manner in which the logic of the exclusion in Article 1F generally, and Article 1F(c) in particular, is related to the purpose of the Convention as a whole. The rationale is that those who are responsible for the persecution which creates refugees should not enjoy the benefits of a Convention designed to protect those refugees. As La Forest J. observes in *Ward*, *supra*, at p. 733, “actions which deny human

qu’elle allait à l’encontre du droit à l’autodétermination (Hathaway, *op. cit.*, à la p. 228). La confusion explique probablement pourquoi le Guide du HCNUR indique, aux par. 162 et 163, que la section Fc) de l’article premier n’introduit «concrètement aucun élément nouveau».

Bien entendu, les buts et principes des Nations Unies sont énoncés dans le préambule et dans les art. 1 et 2 de la *Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 n° 7. Mais l’énoncé qu’on y trouve est principalement d’ordre organisationnel; sa teneur générale autorise en outre une interprétation dynamique des obligations des États, qui doivent s’adapter au contexte international changeant. Les principes énoncés dans la *Charte des Nations Unies* sont en fait souvent expliqués dans d’autres instruments internationaux et dans les décisions de la Cour internationale de justice, de même que dans la jurisprudence des pays signataires. Hathaway, *op. cit.*, à la p. 227, conclut que les interprétations multiples de la section Fc) de l’article premier [TRADUCTION] «reflètent l’historique confus de sa rédaction». Il s’agit d’une clause supplétive qui, d’après le Guide du HCNUR, «en raison de son caractère très général, ne doit être appliquée qu’avec circonspection» (par. 163). À lire les *travaux préparatoires*, on se laisse facilement convaincre que les délégués aux réunions du Comité social entendaient donner aux mots «buts et principes des Nations Unies» un sens plus étroit et plus précis que celui que permettrait naturellement d’inférer la *Charte des Nations Unies*. Les travaux du sous-comité de rédaction et les résolutions de divers organismes qui en ont résulté témoignent d’un effort pour dégager un consensus sur la signification particulière à donner aux termes utilisés à la section Fc) de l’article premier.

Ce qui est crucial, à mon sens, c’est la manière dont la logique qui sous-tend l’exclusion prévue à la section F de l’article premier en général, et à la section Fc) de l’article premier en particulier, se rattache à l’objet de la Convention dans son ensemble. La raison d’être de la clause est que ceux qui sont responsables d’une persécution qui crée des réfugiés ne doivent pas pouvoir invoquer à leur profit une Convention conçue pour protéger

dignity in any key way” and “the sustained or systemic denial of core human rights . . . se[t] the boundaries for many of the elements of the definition of ‘Convention refugee’”. This purpose has been explicitly recognized by the Federal Court of Appeal in the context of the grounds specifically enumerated in Article 1F(a) in *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433, where Linden J.A. stated (at p. 445): “When the tables are turned on persecutors, who suddenly become the persecuted, they cannot claim refugee status. International criminals, on all sides of the conflicts, are rightly unable to claim refugee status.”

This brings me back to the second point to be taken from the declarations of the French delegate referred to earlier. In the light of the general purposes of the Convention, as described in *Ward*, and elsewhere, and the indications in the *travaux préparatoires* as to the relative ambit of Article 1F(a) and F(c), the purpose of Article 1F(c) can be characterized in the following terms: to exclude those individuals responsible for serious, sustained or systemic violations of fundamental human rights which amount to persecution in a non-war setting.

C. *What Acts Are “Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations”?*

Determining the precise content of this phrase is significantly easier having defined a discrete purpose which Article 1F(c) was intended to play within the structure and purposes of the Convention. The parties before us presented various alternatives as to what should be included within the section and sought to do so with a high degree of particularity. In my view, attempting to enumerate a precise or exhaustive list stands in opposition to the purpose of the section and the intentions of the parties to the Convention. There are, however, several types of acts which clearly fall within the sec-

ces réfugiés. Comme l’a dit le juge La Forest dans l’arrêt *Ward*, précité, aux pp. 733 et 734, ce thème, à savoir des «actions qui nient d’une manière fondamentale la dignité humaine» et «la négation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne [. . .] fixe les limites de bien des éléments de la définition de l’expression “réfugié au sens de la Convention”». Dans *Sivakumar c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433, la Cour d’appel fédérale a explicitement reconnu cet objet dans le contexte des motifs énumérés de façon précise à la section Fa) de l’article premier, sous la plume du juge Linden, à la p. 445: «Lorsque par un juste retour des choses, les persécuteurs deviennent les persécutés, ils ne pourront pas revendiquer le statut de réfugié. Les criminels internationaux, de quelque côté qu’ils se trouvent dans les conflits, sont ainsi privés à juste titre du statut de réfugié.»

J’en viens maintenant à la seconde remarque suscitée par les déclarations du délégué français précitées. Étant donné les objectifs généraux de la Convention tels qu’énoncés dans l’arrêt *Ward*, précité, et dans d’autres sources, ainsi que les indications tirées des travaux préparatoires quant à la portée relative des sections Fa) et Fc) de l’article premier, l’objet de la section Fc) de l’article premier peut être ainsi énoncé: exclure les personnes responsables de violations graves, soutenues ou systémiques des droits fondamentaux de la personne qui constituent une persécution dans un contexte qui n’est pas celui de la guerre.

C. *Quels agissements sont «contraires aux buts et aux principes des Nations Unies»?*

Il est beaucoup plus facile de déterminer la signification précise de ces mots une fois qu’on a défini l’objet particulier que la section Fc) de l’article premier était censé viser dans le cadre de la structure et des objets de la Convention. Les parties dans le présent pourvoi nous ont proposé divers contenus possibles — très détaillés — pour cette clause. À mon avis, tenter de dresser une liste précise ou exhaustive est contraire à l’objet de cette disposition et aux intentions des parties à la Convention. Toutefois, divers types d’actes tombent clairement sous le coup de cette clause. Le

tion. The guiding principle is that where there is consensus in international law that particular acts constitute sufficiently serious and sustained violations of fundamental human rights as to amount to persecution, or are explicitly recognized as contrary to the purposes and principles of the United Nations, then Article 1F(c) will be applicable.

66

Several categories of acts fall within this principle. First, where a widely accepted international agreement or United Nations resolution explicitly declares that the commission of certain acts is contrary to the purposes and principles of the United Nations, then there is a strong indication that those acts will fall within Article 1F(c). The *Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* (GA Res. 47/133, 18 December 1992, Article 1(1)), the *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (GA Res. 3452 (XXX), 9 December 1975, Article 2), and the *Declaration to Supplement the 1994 Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism* (GA Res. 51/210, 16 January 1997, Annex, Article 2), all designate acts which are contrary to the purposes and principles of the United Nations. Where such declarations or resolutions represent a reasonable consensus of the international community, then that designation should be considered determinative.

67

Similarly, other sources of international law may be relevant in a court's determination of whether an act falls within Article 1F(c). For example, determinations by the International Court of Justice may be compelling. In the case *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, I.C.J. Reports 1980, p. 3, at para. 91, the court found:

Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well

principe directeur est le suivant: s'il y a consensus en droit international sur des agissements particuliers qui sont tenus pour être des violations suffisamment graves et soutenues des droits fondamentaux de la personne pour constituer une persécution, ou qui sont explicitement reconnus comme contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, la section Fc) de l'article premier est alors applicable.

Plusieurs catégories d'agissements sont visées par ce principe. Premièrement, lorsqu'un accord international généralement accepté ou une résolution des Nations Unies déclare explicitement que certains agissements sont contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, cela constitue une forte indication que ces agissements sont visés par la section Fc) de l'article premier. La *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* (Rés. AG 47/133, 18 décembre 1992, par. 1(1)), la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (Rés. AG 3452 (XXX), 9 décembre 1975, art. 2) et la *Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international* (Rés. AG 51/210, 16 janvier 1997, annexe, art. 2) désignent toutes des agissements qui sont contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. Lorsque de telles déclarations ou résolutions représentent un consensus raisonnable de la communauté internationale, il convient de considérer pareille désignation comme décisive.

De même, d'autres sources du droit international peuvent influencer sur la décision du tribunal appelé à préciser si des agissements sont visés par la section Fc) de l'article premier. Par exemple, les décisions de la Cour internationale de justice peuvent s'imposer. Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 3, au par. 91, la cour a statué:

Le fait de priver abusivement de leur liberté des êtres humains et de les soumettre dans des conditions pénibles à une contrainte physique est manifestement incompatible avec les principes de la Charte des Nations

as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights.

The International Court of Justice used even stronger language in the advisory opinion concerning the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at para. 131, finding that the policy of apartheid “constitute[s] a denial of fundamental human rights [and] is a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter”.

Another important aspect of the exclusion under Article 1F(c) is the inference that violators of the principles and purposes of the UN must be persons in positions of power. This inference is drawn by the UNHCR Handbook at paras. 162-63 and in particular by the Canadian delegate to the Social Committee meetings of 1950 and 1951. While many commentators share this view (Hathaway, *supra*, at p. 229; A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (1966), vol. 1, at p. 286; and Kälin, Köfner and Nicolaus, in Goodwin-Gill, *supra*, at p. 110, note 162), the jurisprudence of signatory states is evolving along a different stream. Goodwin-Gill reports in his treatise, at p. 113, that the *Tehran* decision was the basis of the exclusion of a refugee under Article 1F(c) by Australian immigration authorities, indicating that it may be possible for non-state actors to be excluded by the provision. He contrasts this approach with that in France and Germany which appear to require that the acts be clothed in the authority of the state. Although it may be more difficult for a non-state actor to perpetrate human rights violations on a scale amounting to persecution without the state thereby implicitly adopting those acts, the possibility should not be excluded *a priori*. As mentioned earlier, the Court must also take into consideration that some crimes that have specifically been declared to contravene the pur-

Unies et avec les droits fondamentaux énoncés dans la déclaration universelle des droits de l’homme.

La Cour internationale de justice a employé un langage encore plus énergique dans l’avis consultatif concernant les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, au par. 131, déclarant que la politique d’apartheid «constitu[e] un déni des droits fondamentaux de la personne humaine, [et] est une violation flagrante des buts et principes de la Charte».

Un autre aspect important de l’exclusion prévue à la section Fc) de l’article premier est l’inférence voulant que les violateurs des principes et des buts des Nations Unies doivent être des personnes exerçant le pouvoir. Cette inférence se trouve énoncée dans le Guide du HCNUR, aux par. 162 et 163 et c’est l’opinion exposée, en particulier, par le délégué du Canada aux réunions du Comité social en 1950 et 1951. Bien que nombre de commentateurs partagent ce point de vue (Hathaway, *op. cit.*, à la p. 229; A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (1966), vol. 1, à la p. 286; Kälin, Köfner et Nicolaus, dans Goodwin-Gill, *op. cit.*, à la p. 110, renvoi 162), la jurisprudence des États signataires ne va pas dans le même sens. Dans son traité, à la p. 113, Goodwin-Gill signale que la décision *Téhéran* a servi à justifier l’exclusion, par les autorités de l’immigration australiennes, d’un réfugié en application de la section Fc) de l’article premier, ce qui indique qu’il se pourrait que des violateurs autres que des représentants de l’État soient exclus aux termes de cette clause. Il contraste cette position avec celle prise par la France et l’Allemagne qui semblent exiger que les agissements soient revêtus de l’autorité de l’État. Quoiqu’il soit plus difficile pour qui n’agit pas au nom de l’État de perpétrer des violations des droits de la personne à une échelle suffisante pour constituer une persécution sans la complaisance implicite de l’État, il ne faut pas écarter cette possibilité *a priori*. Je le répète, la Cour doit aussi tenir compte du fait que certains crimes expressément déclarés contraires aux buts et aux principes

poses and principles of the United Nations are not restricted to state actors.

69

In this case, we are concerned with drug trafficking. There is no indication in international law that drug trafficking on any scale is to be considered contrary to the purposes and principles of the United Nations. The respondent submitted evidence that the international community had developed a co-ordinated effort to stop trafficking in illicit substances through numerous UN treaties, declarations, and institutions. It has not, however, been able to point to any explicit declaration that drug trafficking is contrary to the purposes and principles of the United Nations, nor that such acts should be taken into consideration in deciding whether to grant a refugee claimant asylum. Such an explicit declaration would be an expression of the international community's judgment that such acts should qualify as tantamount to serious, sustained and systemic violations of fundamental human rights constituting persecution.

70

The second category of acts which fall within the scope of Article 1F(c) are those which a court is able, for itself, to characterize as serious, sustained and systemic violations of fundamental human rights constituting persecution. This analysis involves a factual and a legal component. The court must assess the status of the rule which has been violated. Where the rule which has been violated is very near the core of the most valued principles of human rights and is recognized as immediately subject to international condemnation and punishment, then even an isolated violation could lead to an exclusion under Article 1F(c). The status of a violated rule as a universal jurisdiction offence would be a compelling indication that even an isolated violation constitutes persecution. To that end, if the international community were ever to adopt the *Draft Statute of the International Criminal Court*, UN Doc. A/CN.4/L.491/Rev.2, which currently includes trafficking in narcotics within its jurisdiction, along with war crimes, torture and genocide, then there would be a much greater like-

des Nations Unies ne sont pas limités aux personnes qui agissent au nom de l'État.

La présente espèce porte sur le trafic des drogues. Rien n'indique qu'en droit international, ce trafic à quelque échelle que ce soit doive être considéré comme contraire aux buts et aux principes des Nations Unies. L'intimé a présenté des éléments de preuve établissant que la communauté internationale avait mis en train un effort coordonné pour arrêter le trafic des drogues illicites par l'entremise de nombreux traités, déclarations et institutions des Nations Unies. Il n'a toutefois pas pu citer de déclaration explicite énonçant que le trafic des drogues était contraire aux buts et aux principes des Nations Unies ou que pareils agissements devraient être pris en compte au moment de décider d'accorder l'asile à un réfugié. Par une telle déclaration explicite, la communauté internationale ferait savoir qu'elle estime que de tels agissements doivent être tenus pour équivalents à des violations graves, soutenues et systémiques des droits fondamentaux de la personne constituant une persécution.

La deuxième catégorie d'agissements visés par la section Fc) de l'article premier comprend ceux qu'un tribunal peut lui-même reconnaître comme des violations graves, soutenues et systémiques des droits fondamentaux de la personne constituant une persécution. Cette analyse comporte un élément factuel et un élément juridique. Le tribunal doit déterminer la nature de la règle qui a été violée. Si cette règle est assimilable aux principes fondamentaux les plus sacrés des droits de la personne et que sa transgression soit reconnue comme immédiatement sujette à la réprobation et au châtiement de la communauté internationale, alors même une violation isolée peut entraîner une exclusion fondée sur la section Fc) de l'article premier. Le fait que la violation soit considérée comme une infraction justiciable des tribunaux dans tous les États serait une indication persuasive que même une violation isolée constitue une persécution. À cet égard, si la communauté internationale devait adopter l'avant-projet de statut d'une cour internationale de justice pénale, Doc. NU

likelihood of a court being able to find a serious violation of human rights by virtue of those activities.

A serious and sustained violation of human rights amounting to persecution may also arise from a particularly egregious factual situation, including the extent of the complicity of the applicant. Assessing the factual circumstances of a human rights violation as well as the nature of the right violated would allow a domestic court, for example, to determine on its own that the events in the Tehran hostage-taking warrant exclusion under Article 1F(c).

In this case there is simply no indication that the drug trafficking comes close to the core, or even forms a part of the corpus of fundamental human rights. The respondent sought to bring the Court's attention to a novel category of international offence devised by M. C. Bassiouni called "crimes of international concern" (*International Criminal Law*, vol. 1, *Crimes* (1986), at pp. 135-63). Those "crimes" evince certain characteristics indicating that the international community does view their violation as particularly serious and worthy of immediate sanction; however, the bar appears to be set too low, including such categories of offence as "interference with submarine cables" and "environmental protection", as well as drug trafficking and eight other categories.

It is also necessary to take account of the possible overlap of Article 1F(c) and F(b) with regard to drug trafficking. It is quite clear that Article 1F(b) is generally meant to prevent ordinary criminals extraditable by treaty from seeking refugee status, but that this exclusion is limited to serious crimes committed before entry in the state of asylum. Goodwin-Gill, *supra*, at p. 107, says:

A/CN.4/L.491/Rev.2, qui, dans sa version actuelle, attribuée à ce tribunal une compétence sur le trafic de stupéfiants, en plus des crimes de guerre, de la torture et du génocide, il y aurait alors beaucoup plus de chances qu'un tribunal puisse conclure à une violation grave des droits de la personne en raison de ces activités.

Une violation grave et soutenue des droits de la personne constituant une persécution peut se dégager en outre d'une situation de fait particulièrement flagrante, y compris de l'importance de la complicité du requérant. L'appréciation des circonstances de fait d'une violation des droits de la personne et de la nature du droit violé permettrait au tribunal national, par exemple, de décider lui-même que les faits de la prise d'otages à Téhéran justifient l'exclusion fondée sur la section Fc) de l'article premier.

Dans le présent pourvoi, rien n'indique que le trafic des drogues se rapproche du cœur ni même du corpus des droits fondamentaux de la personne. L'intimé a soumis à la Cour une nouvelle catégorie d'infractions internationales appelée par M. C. Bassiouni, [TRADUCTION] «crimes d'intérêt international» (*International Criminal Law*, vol. 1, *Crimes* (1986), aux pp. 135 à 163). Ces «crimes» présentent certaines caractéristiques indiquant que la communauté internationale considère bel et bien leur perpétration comme particulièrement grave et sujette à sanction immédiate; toutefois, la barre semble avoir été placée trop bas, la définition incluant certains types d'infractions telles le «sabotage de câbles sous-marins», des infractions en matière de «protection de l'environnement», ainsi que le trafic des drogues et huit autres catégories.

Il est nécessaire de prendre aussi en considération le chevauchement possible des sections Fc) et Fb) de l'article premier en ce qui concerne le trafic des drogues. De toute évidence, la section Fb) est généralement censée empêcher que des criminels de droit commun susceptibles d'extradition en vertu d'un traité puissent revendiquer le statut de réfugié, mais cette exclusion est limitée aux crimes graves commis avant l'entrée dans le pays d'accueil. Goodwin-Gill, *op. cit.*, à la p. 107, dit ceci:

71

72

73

With a view to promoting consistent decisions, UNHCR proposed that, in the absence of any political factors, a presumption of serious crime might be considered as raised by evidence of commission of any of the following offences: homicide, rape, child molesting, wounding, arson, drugs trafficking, and armed robbery.

The parties sought to ensure that common criminals should not be able to avoid extradition and prosecution by claiming refugee status. Given the precisely drawn scope of Article 1F(b), limited as it is to “serious” “non-political crimes” committed outside the country of refuge, the unavoidable inference is that serious non-political crimes are not included in the general, unqualified language of Article 1F(c). Article 1F(b) identifies non-political crimes committed outside the country of refuge, while Article 33(2) addresses non-political crimes committed within the country of refuge. Article 1F(b) contains a balancing mechanism in so far as the specific adjectives “serious” and “non-political” must be satisfied, while Article 33(2) as implemented in the Act by ss. 53 and 19 provides for weighing of the seriousness of the danger posed to Canadian society against the danger of persecution upon *refoulement*. This approach reflects the intention of the signatory states to create a humanitarian balance between the individual in fear of persecution on the one hand, and the legitimate concern of states to sanction criminal activity on the other. The presence of Article 1F(b) suggests that even a serious non-political crime such as drug trafficking should not be included in Article 1F(c). This is consistent with the expression of opinion of the delegates in the *Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees* (1989), vol. III, at p. 89.

[TRANSLATION] En vue de favoriser l’uniformité des décisions, le HCNUR a proposé que, lorsqu’aucun facteur politique ne joue, une présomption de crime grave puisse découler de la preuve de la perpétration de l’une ou l’autre des infractions suivantes: l’homicide, l’agression sexuelle, l’attentat à la pudeur d’un enfant, les coups et blessures, le crime d’incendie, le trafic des drogues et le vol qualifié.

Les parties ont voulu s’assurer que les criminels de droit commun ne puissent pas se soustraire à l’extradition et aux poursuites en demandant le statut de réfugié. Vu la portée bien définie de la section Fb) de l’article premier, celle-ci étant limitée aux «crimes graves de droit commun» commis en dehors du pays d’accueil, on doit inévitablement en inférer que les crimes graves de droit commun ne sont pas visés par le libellé général et catégorique de la section Fc) de l’article premier. La section Fb) de l’article premier vise des crimes de droit commun commis en dehors du pays d’accueil, alors que le par. 33(2) traite des crimes ou délits de droit commun perpétrés dans le pays d’accueil. La section Fb) de l’article premier renferme un mécanisme de pondération dans la mesure où il faut que soient remplies les conditions exprimées par les termes «grave» et «de droit commun», tandis que le par. 33(2), mis en œuvre par les art. 53 et 19 de la Loi, oblige à peser la gravité du danger pour la société canadienne par rapport au danger de persécution en cas de *refoulement*. Cette approche reflète l’intention des États signataires de réaliser un équilibre des considérations humanitaires entre, d’une part, la personne qui craint la persécution et, d’autre part, l’intérêt légitime des États dans la répression de la criminalité. L’existence de la section Fb) de l’article premier semble indiquer que même un crime grave de droit commun tel le trafic des drogues ne doit pas être inclus à la section Fc) de l’article premier. Cette affirmation est conforme aux avis émis par les délégués tels qu’ils ressortent des *Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees* (1989), vol. III, à la p. 89.

There is no rational connection between the objectives of the Convention and the objectives of the limitation on Article 1F(c) as stated by the

Il n’y a aucun lien rationnel entre les objectifs de la Convention et les objectifs de la limitation prévue à la section Fc) de l’article premier que

respondent. Until the international community makes clear its view that drug trafficking, in one form or another, is a serious violation of fundamental human rights amounting to persecution, then there can be no rationale for counting it among the grounds of exclusion. The connection between persecution and the international refugee problem is what justifies the definitional exclusions in Article 1F(a) and F(c). Acts which fall short of persecution may well warrant *refoulement* under Article 33, and the Act has provided a procedure for determination of the merits of that issue. The *a priori* denial of the fundamental protections of a treaty whose purpose is the protection of human rights is a drastic exception to the purposes of the Convention as articulated in *Ward, supra*, and can only be justified where the protection of those rights is furthered by the exclusion.

VI. Disposition

Even though international trafficking in drugs is an extremely serious problem that the United Nations has taken extraordinary measures to eradicate, in the absence of clear indications that the international community recognizes drug trafficking as a sufficiently serious and sustained violation of fundamental human rights as to amount to persecution, either through a specific designation as an act contrary to the purposes and principles of the United Nations (the first category), or through international instruments which otherwise indicate that trafficking is a serious violation of fundamental human rights (the second category), individuals should not be deprived of the essential protections contained in the Convention for having committed those acts. Article 33 and its counterparts in the Act are designed to deal with the expulsion of individuals who present a threat to Canadian society, and the grounds for such a determination are wider and more clearly articulated. It is therefore clear that my determination of the scope of Article 1F(c) of the Convention, as incorporated in domestic law by s. 2(1) of the Act, does not preclude the Minis-

propose l'intimé. Tant que la communauté internationale n'aura pas dit clairement qu'elle estime que le trafic des drogues, sous une forme ou une autre, est une violation grave des droits fondamentaux de la personne constituant une persécution, rien ne justifie qu'il soit considéré comme un motif d'exclusion. Le lien entre la persécution et le problème international des réfugiés est ce qui justifie les définitions portant exclusion énoncées aux sections Fa) et Fc) de l'article premier. Les agissements qui ne constituent pas une persécution peuvent fort bien justifier le refoulement en application de l'art. 33, et la Loi prévoit une procédure pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer cette disposition. Le refus a priori d'accorder les protections fondamentales d'un traité dont l'objet est la protection des droits de la personne est une exception radicale aux objets de la Convention tels que définis dans l'arrêt *Ward*, précité, et ne peut être justifié que lorsque l'exclusion favorise la protection de ces droits.

VI. Dispositif

Même si le trafic international des drogues constitue un problème extrêmement grave que les Nations Unies ont tenté de résoudre en prenant des mesures extraordinaires, en l'absence d'indications claires que ce trafic est considéré par la communauté internationale comme une violation suffisamment grave et soutenue des droits fondamentaux de la personne pour constituer une persécution, soit parce qu'il a été désigné expressément comme un acte contraire aux buts et aux principes des Nations Unies (la première catégorie) ou parce qu'il est visé par des instruments internationaux précisant par ailleurs que ce trafic est une violation grave des droits fondamentaux de la personne (la seconde catégorie), des personnes ne doivent pas être privées du bénéfice des protections essentielles contenues dans la Convention pour avoir commis de tels actes. L'article 33 et les dispositions de la Loi qui lui font pendant prévoient l'expulsion des personnes qui constituent un danger pour la société canadienne, et les motifs justifiant cette mesure ont une portée plus large et sont formulés plus clairement. À l'évidence, ma décision quant à la portée de la section Fc) de l'article premier de la Convention, incorporée au droit

ter from taking appropriate measures to ensure the safety of Canadians.

76 In my view, the appellant's conspiring to traffic in a narcotic is not a violation of Article 1F(c).

77 I would allow the appeal and return the matter to the Convention Refugee Determination Division for consideration under Article 33 of the Convention, and ss. 19 and 53 of the Act, if the respondent chooses to proceed.

The reasons of Cory and Major JJ. were delivered by

78 CORY J. (dissenting) — Mr. Pushpanathan was a member of a group convicted of trafficking in heroin with a street value of \$10 million. Obviously this trafficking was on a large scale. He was sentenced to eight years which confirmed his role as one of the ringleaders.

79 The United Nations considers heroin to be the most dangerous of illicit drugs. Trafficking in that drug is indeed a despicable crime. It will be demonstrated that its consumption leads consumers, almost inexorably, to commit crimes to satisfy their addiction. The potential profits are so high that it frequently leads to criminal activity and money laundering. It can lead to corruption of customs officials, police and judicial officers. It is a crime with such grievous consequences that it tears at the very fabric of society.

80 Thus it is apparent that Pushpanathan was convicted of a very serious crime that has devastating consequences. The grave nature of the crime cannot be readily discounted and forgotten. However even the basest criminal is entitled to exercise all the rights to which he is entitled.

81 It is necessary to review and consider the effects of drug trafficking in Canada and the world, but

national par le par. 2(1) de la Loi, n'empêche donc pas le ministre de prendre les mesures qui s'imposent pour assurer la sécurité des Canadiens.

À mon avis, le complot en vue de faire le trafic d'un stupéfiant commis par l'appelant n'est pas une violation visée par la section Fc) de l'article premier.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer le tout à la Section du statut de réfugié pour examen sous le régime de l'art. 33 de la Convention et des art. 19 et 53 de la Loi, si l'intimé choisit d'aller plus loin.

Version française des motifs des juges Cory et Major rendus par

LE JUGE CORY (dissident) — Monsieur Pushpanathan faisait partie d'un groupe de personnes reconnues coupables du trafic d'une quantité d'héroïne évaluée sur le marché à 10 millions de dollars. Il s'agissait manifestement d'un trafic pratiqué sur une vaste échelle. Il s'est vu infliger une peine d'emprisonnement de huit ans qui tenait compte de son rôle de meneur.

Selon les Nations Unies, l'héroïne est la plus dangereuse des drogues illicites. Son trafic constitue à n'en pas douter un crime abject. Il sera établi ici que la consommation d'héroïne mène presque inexorablement à la criminalité en raison de la dépendance qui en résulte. Les profits susceptibles d'être réalisés sont si élevés que le trafic mène souvent à l'activité criminelle et au recyclage de l'argent et peut entraîner la corruption de fonctionnaires des douanes, de policiers et d'officiers de justice. Les conséquences de ce crime sont si graves que le tissu social en est altéré.

Manifestement, M. Pushpanathan a été déclaré coupable d'un crime très grave aux répercussions dévastatrices. La gravité du crime ne saurait être aisément minimisée et oubliée. Néanmoins, même le criminel le plus vil a des droits et peut les exercer pleinement.

Il est nécessaire d'examiner les effets du trafic des stupéfiants au Canada et dans le monde, mais

before doing so I wish to confirm my agreement with Bastarache J. that the applicable standard of review is one of correctness.

I. Standard of Review

What constitutes an act contrary to the purposes and principles of the United Nations for the purposes of the *Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6 (“*Refugee Convention*”), is a question of law. While the Immigration and Refugee Board must be accorded some deference in its findings of fact, that deference should not be extended to a finding on a question of law. The Board cannot be said to have any particular expertise in legal matters. Therefore the issue is whether the Board’s decision on the question of law was correct.

II. Illicit Drug Trafficking: Background

A. Impact in Canada

(1) Incidence of Illicit Drug Use and Trafficking in Canada

Illicit drug use and trafficking is a serious problem in Canada and those that traffic in dangerous drugs must be a very real concern for all Canadians. Recent information shows that there has been an increase both in the use of illicit drugs and in the incidence of drug offences. According to a report of the Canadian Centre on Substance Abuse, illicit drug use increased substantially from 1993 to 1994: cannabis from 4.2 to 7.4 percent; cocaine from 0.3 to 0.7 percent; LSD, speed or heroin from 0.3 to 1.1 percent (D. McKenzie, *Canadian Profile: Alcohol, Tobacco & Other Drugs* (1997), at p. 91).

The number of drug-related incidents reported annually has increased in each of the past several years. In 1993, 56,811 incidents were reported (Canadian Centre for Justice Statistics, *Canadian*

avant toute chose, je souhaite exprimer mon accord avec la conclusion du juge Bastarache selon laquelle la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

I. Norme de contrôle

Pour l’application de la *Convention relative au statut des réfugiés*, R.T. Can. 1969 n° 6, la question de savoir ce qui constitue un agissement contraire aux buts et aux principes des Nations Unies est une question de droit. Bien qu’il faille faire preuve d’une certaine retenue à l’égard des conclusions de fait de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, il n’en va pas de même à l’égard de ses conclusions de droit. La Commission ne jouit pas d’une expertise particulière sur le plan juridique. Par conséquent, la question qui se pose est de savoir si la décision que la Commission a rendue relativement à la question de droit était correcte.

II. Trafic des drogues illicites: Contexte

A. Incidence au Canada

(1) Conséquences de la consommation et du trafic des drogues illicites au Canada

La consommation et le trafic des drogues illicites sont un grave problème au Canada, et ceux qui se livrent au trafic des drogues dangereuses doivent susciter des inquiétudes bien réelles chez tous les Canadiens. Les données récentes indiquent une hausse tant de la consommation des drogues illicites que de la perpétration d’infractions liées à la drogue. Un rapport du Centre canadien de lutte contre l’alcoolisme et les toxicomanies révèle qu’en 1994 la consommation des drogues illicites a considérablement augmenté par rapport à 1993, celle du cannabis passant de 4,2 à 7,4 pour 100, celle de la cocaïne de 0,3 à 0,7 pour 100 et celle du LSD, du speed ou de l’héroïne de 0,3 à 1,1 pour 100 (D. McKenzie, *Profil canadien: l’alcool, le tabac et les autres drogues* (1997), à la p. 91).

Le nombre d’affaires liées à la drogue signalées au cours de chacune des dernières années a augmenté. En 1993, on a dénombré 56 811 affaires liées à la drogue (Centre canadien de la statistique

82

83

84

Crime Statistics 1993, at p. 52); in 1994, that number had increased to 60,594 (Canadian Centre for Justice Statistics, *Canadian Crime Statistics 1994*, at p. 16). The latest reports show another increase from 1995 to 1996; there were 65,106 drug-related incidents in 1996, which represented a 4.4 percent increase over the previous year (*Juristat*, vol. 17, No. 8, 1997, at p. 10). At the end of 1996, there were 2,899 drug offenders incarcerated in federal institutions, constituting 21.3 percent of the federal prison population (L. L. Motiuk and R. L. Belcourt, Research Branch, Correctional Service of Canada, *Homicide, Sex, Robbery and Drug Offenders in Federal Corrections: An End-of-1996 Review*, at p. 13).

(2) Drugs and Crime

85 Drug offences such as possession and trafficking are only part of the link between the drug trade and criminality. There is an established connection between heavy drug use and crimes motivated by the need to finance a drug habit (*Juristat*, vol. 14, No. 6, 1994, at p. 5). A Canadian survey of federal inmates showed that 40 percent of men were drug users and half of those had engaged in criminal activity to get drugs. For women, the ratio is even greater: 25 percent of female inmates in Canada committed their crimes solely to obtain drugs (*ibid.*, p. 12).

86 In addition, the illegal drug trade is known to involve violence as a means of resolving disputes and maintaining discipline (*ibid.*, p. 9). In 1996, 56 homicides, that is to say one in ten, were reported by police to be drug-related; this was said to be similar to averages for other years (*Juristat*, vol. 17, No. 9, 1997, at p. 10).

juridique, *Statistique de la criminalité au Canada 1993*, à la p. 52); en 1994, ce nombre est passé à 60 594 (Centre canadien de la statistique juridique, *Statistique de la criminalité au Canada 1994*, à la p. 18). Les données les plus récentes montrent que ce nombre s'est encore accru entre 1995 et 1996. En effet, on comptait 65 106 affaires liées à la drogue en 1996, soit une augmentation de 4,4 pour 100 par rapport à l'année précédente (*Juristat*, vol. 17, n° 8, 1997, à la p. 12). À la fin de 1996, il y avait 2 899 délinquants incarcérés dans des établissements fédéraux pour des infractions liées à la drogue et ils représentaient 21,3 pour 100 de tous les délinquants sous responsabilité fédérale (L. L. Motiuk et R. L. Belcourt, Direction de la recherche, Service correctionnel du Canada, *Délinquants condamnés pour un homicide, une infraction sexuelle, un vol qualifié ou une infraction liée à la drogue dans le système correctionnel fédéral: revue de fin d'année 1996*, à la p. 15).

(2) Drogue et criminalité

Les infractions liées à la drogue comme la possession et le trafic ne sont qu'un maillon de la chaîne reliant le commerce de la drogue à la criminalité. On a établi l'existence d'un lien entre une consommation importante de drogues et le crime motivé par le besoin de se procurer de l'argent pour satisfaire de coûteuses habitudes de consommation (*Juristat*, vol. 14, n° 6, 1994, à la p. 5). Selon une étude canadienne, 40 pour 100 des détenus sous responsabilité fédérale consomment de la drogue, et la moitié d'entre eux ont perpétré un acte criminel pour s'en procurer. Dans le cas des détenues, le pourcentage est encore supérieur, 25 pour 100 d'entre elles ayant commis l'acte criminel qui leur est imputé à la seule fin d'obtenir de la drogue (*ibid.*, p. 12).

En outre, il est reconnu que, dans le commerce illicite de la drogue, la violence constitue un moyen de règlement des différends et une mesure disciplinaire (*ibid.*, p. 9). Les autorités policières estiment qu'en 1996, 56 homicides, soit un sur dix, étaient liés à la drogue; elles précisent que ces données recourent les moyennes d'autres années (*Juristat*, vol. 17, n° 9, 1997, à la p. 11).

Finally, it is well established that the consumption of licit and illicit drugs increases the rate of criminality generally, not just offences directly related to drugs. Among a sample of federal male inmates, over half were under the influence of alcohol or other drugs when they committed at least one of their crimes (*Juristat*, vol. 14, *supra*, at p. 11). Seventy-one percent of those of those who had consumed drugs said they would not have committed the crime if they had not taken the drugs (*ibid.*, p. 12). Thus, as might be expected, U.S. research indicates that drug abusers are more likely to be re-arrested than non-abusers (Bureau of Justice Statistics, *Drugs and Crime Facts, 1994*, at p. 26). Furthermore, research indicates that from 30 to 50 percent of those convicted of drug offences re-offend (*ibid.*; Canadian Centre for Justice Statistics, *An Examination of Recidivism in Relation to Offence Histories and Offender Profiles* (1993), at p. 21).

In the face of all of this evidence, it is impossible to underestimate the harm that is done to Canadian society in the form of criminal activity, often violent, by the trafficking of illicit drugs. Unfortunately, there are also other costs associated with illicit drug trafficking and use, which reflect the widespread harm caused by these activities.

(3) Social and Economic Costs of Illicit Drug Use

The costs to society of drug abuse and trafficking in illicit drugs are at least significant if not staggering. They include direct costs such as health care and law enforcement, and indirect costs of lost productivity.

In Canada, the total cost to society of substance abuse has been estimated to be \$18.45 billion annually (Canadian Centre on Substance Abuse, *The Costs of Substance Abuse in Canada: Highlights* (1996), at p. 2). Of this amount, the cost flowing from illicit drugs is \$1.4 billion (McKenzie, *supra*, at p. 227). In 1992 there were 732

Enfin, il est bien établi que la consommation de drogues licites et illicites accroît la criminalité en général, et non seulement le nombre d'infractions directement liées à la drogue. À partir d'un échantillon, on a déterminé que dans les établissements fédéraux, plus de la moitié des détenus de sexe masculin étaient sous l'influence de l'alcool ou d'une autre drogue lorsqu'ils ont commis au moins un de leurs crimes (*Juristat*, vol. 14, *op. cit.*, à la p. 11). Soixante et onze pour cent de ceux qui avaient consommé de la drogue ont affirmé qu'ils n'auraient pas commis le crime s'ils n'avaient pas consommé de drogue (*ibid.*, p. 12). Il n'est donc pas étonnant que des études américaines révèlent que les toxicomanes sont plus susceptibles d'être à nouveau arrêtés que les non-toxicomanes (Bureau of Justice Statistics, *Drugs and Crime Facts, 1994*, à la p. 26). Selon les recherches, de 30 à 50 pour 100 des personnes reconnues coupables d'une infraction liée à la drogue récidivent (*ibid.*; Centre canadien de la statistique juridique, *Étude sur la récidive en fonction des antécédents criminels et des profils des contrevenants* (1993), à la p. 22).

Devant tous ces éléments de preuve, il est impossible de méconnaître le mal que fait le trafic des drogues illicites à la société canadienne sous forme d'activité criminelle, souvent empreinte de violence. Malheureusement, il y a encore d'autres coûts liés au trafic et à la consommation des drogues illicites qui reflètent l'ampleur des dévastations causées par cette activité.

(3) Coût social et économique de la consommation de drogues illicites

Le coût social de la toxicomanie et du trafic des drogues illicites est important, voire consternant. Il englobe les coûts directs tels les soins de santé et l'application de la loi, ainsi que les coûts indirects engendrés par la perte de productivité.

Au Canada, le coût social total de la toxicomanie est évalué à 18,45 milliards de dollars par année (Centre canadien de lutte contre l'alcoolisme et les toxicomanies, *Les coûts de l'abus de substances au Canada: Points saillants* (1996), à la p. 2). De cette somme, 1,4 milliard de dollars sont imputables aux drogues illicites (McKenzie, *op.*

deaths, 7,095 hospitalizations and 58,571 hospital days in Canada attributable to illicit drugs (*ibid.*, p. 91). Mortality from illicit drugs is less than for alcohol and tobacco, but tends to involve younger victims (*Costs of Substance Abuse in Canada, supra*, at p. 6).

91 These significant and often tragic consequences serve to emphasize that the harm caused by trafficking in illicit drugs is very properly a matter of grave concern in Canada, as it is throughout the world.

B. *International Impacts*

(1) Extent of the Problem

92 Global consumption of illicit drugs is difficult to estimate, due to the lack of international information gathering facilities and the difficulty of comparing national data. It is clear, however, that illicit drug consumption increased throughout the world in the 1980s and 1990s, and the upward trend is thought likely to continue (Commission on Narcotic Drugs, *Economic and Social Consequences of Drug Abuse and Illicit Trafficking: An Interim Report*, UN Doc. E/CN.7/1995/3, 9 November 1994, at p. 14). The problem of drug abuse has also been increasing in severity as well as in scope. There has been an increase not only in the absolute number of drug abusers, but also in instances of heroin and amphetamine use, and intravenous drug abuse. Heroin, opium and cocaine are increasingly being injected, with all of the increased health risks that injection entails (Commission on Narcotic Drugs, *Reduction of Illicit Demand for Drugs: Prevention Strategies Including Community Participation — World situation with respect to drug abuse: Report of the Secretariat*, UN Doc. E/CN.7/1995/5, 10 January 1995, at pp. 3-4). About 20 percent of the world's HIV/AIDS population inject drugs (UN International Drug Control Programme, *World Drug Report* (1997), at p. 91). Especially disturbing are reports of increasing numbers of young people abusing drugs. For example, in Pakistan the proportion of people who began using heroin between

cit., à la p. 227). En 1992, 732 décès, 7 095 hospitalisations et 58 571 jours d'hospitalisation au Canada étaient attribuables aux drogues illicites (*ibid.*, p. 91). La mortalité imputable aux drogues illicites est moindre que celle attribuable à la consommation d'alcool et de tabac, mais les victimes sont généralement plus jeunes (*Les coûts de l'abus de substances au Canada, op. cit.*, à la p. 6).

Ces conséquences importantes et souvent tragiques montrent que les méfaits du trafic des drogues illicites suscitent à juste titre de graves inquiétudes au Canada et dans le monde entier.

B. *Incidence à l'échelle internationale*

(1) Ampleur du problème

Il est difficile de chiffrer globalement la consommation des drogues illicites vu l'absence d'un système international de collecte des renseignements et la difficulté de comparer les données nationales. Toutefois, il est clair que la consommation illicite de drogues dans le monde a augmenté au cours des années 80 et 90, et on estime que la tendance à la hausse devrait se poursuivre (Commission des stupéfiants, *Conséquences économiques et sociales de l'abus et du trafic illicite des drogues: Rapport intérimaire*, Doc. NU E/CN.7/1995/3, 9 novembre 1994, à la p. 16). Le problème de la toxicomanie a également pris de l'ampleur en termes de gravité et d'étendue. On constate non seulement un accroissement du nombre absolu de toxicomanes, mais également une augmentation de la consommation d'héroïne et d'amphétamines ainsi que de drogues absorbées par voie intraveineuse. L'héroïne, l'opium et la cocaïne sont de plus en plus utilisés en injections, avec tous les risques sanitaires que comporte cette pratique (Commission des stupéfiants, *Réduction de la demande illicite de drogues: Stratégies de prévention, y compris la participation communautaire — Situation mondiale en matière d'abus de drogues: Rapport du Secrétariat*, Doc. NU E/CN.7/1995/5, 10 janvier 1995, aux pp. 3 et 4). Environ 20 pour 100 des personnes séropositives dans le monde s'injectent de la drogue (Programme des Nations Unies pour le contrôle inter-

the ages of 15 and 20 has doubled to almost 24 percent; in the U.S., use of marijuana and cocaine amongst eighth grade students is reported to have doubled between 1991 and 1994 (*ibid.*, p. 86).

Production of illicit drugs has significantly increased over the past 10 to 15 years. Countries traditionally associated with the production of drugs have also become major consumers, and are now part of the global expansion of markets for illicit drugs (*World situation with respect to drug abuse, supra*, at p. 3). It is estimated that over 300 tonnes of heroin were produced annually in the 1990s, and enough coca leaf was produced in 1996 to yield 1,000 tonnes of cocaine (*World Drug Report, supra*, at p. 18).

Conservative estimates of the annual global turnover of the illicit drug industry are from US\$400 to 500 billion. This is approximately one tenth of total international trade, and seven to eight times the amount spent on official development assistance each year (*Economic and Social Consequences of Drug Abuse and Illicit Trafficking, supra*, at p. 8). The drug trade has become increasingly organized, especially for cocaine and heroin, and is controlled by organized groups and in some cases cartels. At the upper levels, control is highly centralized (*World Drug Report, supra*, at p. 123).

(2) Economic and Social Costs of Illicit Drug Use and Trafficking

The economic costs of drug trafficking and abuse are even greater in countries other than in Canada. They include enforcement, legal, prevention, care and rehabilitation costs. In all parts of the world, drug abuse reduces productivity (*Economic and Social Consequences of Drug Abuse*

national des drogues, *World Drug Report* (1997), à la p. 91). Le fait qu'un nombre croissant de jeunes consomment de la drogue est particulièrement troublant. Par exemple, au Pakistan, la proportion de toxicomanes ayant commencé à consommer de l'héroïne entre 15 et 20 ans a doublé et atteint presque 24 pour 100; aux États-Unis, le nombre d'élèves de 8^e année faisant usage de marijuana et de cocaïne aurait doublé de 1991 à 1994 (*ibid.*, p. 86).

La production de drogues illicites a augmenté substantiellement au cours des 10 ou 15 dernières années. Les pays traditionnellement associés à cette production sont également devenus de grands consommateurs et participent désormais à l'expansion mondiale du marché des drogues illicites (*Situation mondiale en matière d'abus de drogues, op. cit.*, à la p. 3). On estime à plus de 300 tonnes la quantité d'héroïne produite annuellement depuis le début des années 90 et, en 1996, la récolte des feuilles de coca a permis de produire 1 000 tonnes de cocaïne (*World Drug Report, op. cit.*, à la p. 18).

Selon les estimations les plus modérées, les ventes annuelles de drogues illicites à l'échelle mondiale oscillent entre 400 et 500 milliards de dollars américains, ce qui représente environ un dixième de l'ensemble du commerce international et sept à huit fois les sommes consacrées chaque année à l'aide publique au développement (*Conséquences économiques et sociales de l'abus et du trafic illicite des drogues, op. cit.*, à la p. 9). Le commerce de la drogue, en particulier celui de la cocaïne et de l'héroïne, est de plus en plus organisé et il est dirigé par des groupes structurés et, dans certains cas, par des cartels. Aux échelons les plus élevés, le pouvoir est extrêmement centralisé (*World Drug Report, op. cit.*, à la p. 123).

(2) Coûts économiques et sociaux de la consommation et du trafic de drogues illicites

Les coûts économiques du trafic de la drogue et de la toxicomanie sont encore plus élevés à l'étranger qu'au Canada. Ils englobent les frais occasionnés par la répression de la criminalité, la prévention et la réhabilitation, ainsi que les frais de justice et de santé. Partout dans le monde, la toxi-

93

94

95

and *Illicit Trafficking*, *supra*, at p. 19). In drug-producing countries, some employment is generated, but less than is generally believed (*ibid.*). Drug money is often invested in sectors that create or maintain unproductive jobs (*ibid.*, p. 20).

96 Other economic costs can include inflated costs of food and real estate as a result of drug cultivation and the investment of illicit profits in land (*ibid.*, p. 24). This inflation causes increased hardship for local communities. Furthermore, income disparities in society are increased by both production and consumption. The hierarchical nature of the illicit drug industry means that profits are received by only a small number of people. At the top level, the entire industry is controlled by a few individuals (*ibid.*, p. 25).

97 In the short term, drug exports appear to be beneficial to some countries by generating much-needed foreign exchange, in some cases as much as half the amount of total legal exports. Despite the short term beneficial effects on local economies, the long term effects are negative. The failure to develop alternative exports creates a dependence on illicit drug exports and a consequent vulnerability (*ibid.*, pp. 25-26).

98 It is estimated that some US\$300 to 500 billion per year from the illicit drug industry are available internationally for laundering. These amounts are staggering when compared to the gross national products of many developing countries (*ibid.*, p. 26). Investment of illicit proceeds and laundering results in significant distortions of national economies. In states in transition that are rapidly moving state-owned assets into the private sector, problems occur when those assets become the target of criminal finance. In all parts of the world, the presence of large amounts of illicit drug money invested in an economy makes macro-economic policy and management extremely difficult. Drug trafficking and drug related violence require

comanie réduit la productivité (*Conséquences économiques et sociales de l'abus et du trafic illicite des drogues*, *op. cit.*, à la p. 23). Dans les pays producteurs de drogues, des emplois sont créés, mais moins qu'on ne le croit généralement (*ibid.*). Les narcodollars sont souvent investis dans des secteurs qui créent ou maintiennent des emplois improductifs (*ibid.*, p. 25).

Parmi les autres coûts économiques, mentionnons la hausse du prix des denrées alimentaires et des prix fonciers imputable à la culture de la drogue et à l'investissement des profits illicites dans l'immobilier (*ibid.*, p. 29). Cette inflation accentue les difficultés auxquelles se heurtent les collectivités locales. Par ailleurs, la production et la consommation de drogues accroissent les écarts de revenus dans la société. Vu la nature hiérarchique de l'industrie des drogues illicites, les profits sont répartis parmi un petit nombre de personnes. Au sommet, toute l'industrie est aux mains de quelques individus (*ibid.*).

À court terme, l'exportation de drogues semble bénéfique à certains pays parce qu'elle leur permet d'obtenir des devises étrangères dont ils ont grand besoin, ces dernières représentant parfois jusqu'à la moitié des exportations illicites totales. Malgré ses effets bénéfiques à court terme sur l'économie locale, l'exportation de la drogue est néfaste à long terme. L'absence d'exportations de rechange crée une dépendance vis-à-vis des drogues illicites et rend l'économie vulnérable (*ibid.*, pp. 30 et 31).

On estime que de 300 à 500 milliards de dollars américains provenant chaque année du trafic des drogues illicites sont susceptibles d'être recyclés à l'échelle internationale. Il s'agit de sommes fara-mineuses par rapport au produit national brut de bon nombre de pays en développement (*ibid.*, p. 32). L'investissement et le recyclage des narcodollars créent d'importants déséquilibres au sein des économies nationales. Dans les États en transition qui privatisent rapidement des biens publics, des difficultés se présentent lorsque ces biens deviennent la cible de la finance criminelle. Partout dans le monde, l'investissement de quantités considérables de narcodollars dans l'économie rend la politique et la gestion macroéconomiques

increases in state budgets for enforcement at the expense of other social needs, and jeopardize foreign investment by creating insecurity (*ibid.*, p. 28).

The social impacts of illicit drug use and trafficking are also significant. Substance abuse and the breakdown of families and communities are linked together in a downward spiral. Disintegration of the family contributes to illicit drug abuse, and abuse in turn strains families and tends to make them dysfunctional (*ibid.*, p. 29). In producing areas, communities are subject to intimidation and brutality from both the criminal organizations and the police or army; tribal, community and cooperative rural organizations are broken down under pressure from traffickers and associated terrorist groups (UN Department of Public Information, *Drug Trafficking and the World Economy* (1990); quoted in M. C. Bassiouni, "Critical Reflections on International and National Control of Drugs" (1990), 18 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 311, at p. 327).

The negative impact of drug abuse on health, including increased mortality and a range of drug-related health problems, is another significant social cost (*Economic and Social Consequences of Drug Abuse and Illicit Trafficking, supra*, at pp. 29-30). The demonstrated links between drug addiction, needle-sharing, prostitution, AIDS and other diseases create additional worldwide dangers for health (*ibid.*, p. 32).

The use of drugs has a detrimental impact on education; again this is a vicious circle in which drug use results in impaired performance and problems such as the loss of self-esteem from lack of educational achievement contribute to drug consumption (*ibid.*, p. 33).

Finally, there is growing evidence of serious detrimental impacts on the environment both from

extrêmement difficiles. Le trafic des drogues et la violence liée à la drogue obligent l'État à augmenter le budget qu'il consacre à l'application de la loi aux dépens des autres besoins sociaux et mettent en péril l'investissement étranger en créant de l'insécurité (*ibid.*, pp. 33 et 34).

Les répercussions sociales de la consommation et du trafic des drogues illicites sont aussi importantes. Il s'établit une interrelation entre la toxicomanie et l'éclatement des familles et des collectivités qui aboutit à la ruine. La désintégration familiale contribue à la toxicomanie et celle-ci, à son tour, met les familles à rude épreuve et tend à les rendre dysfonctionnelles (*ibid.*, p. 35). Dans les régions productrices, les collectivités sont victimes d'intimidation et de brutalité de la part des organisations criminelles et de la police ou de l'armée; les regroupements tribaux, communautaires et coopératifs ruraux éclatent sous la pression des trafiquants et des groupes terroristes associés aux trafiquants (Département de l'information des Nations Unies, *Drug Trafficking and the World Economy* (1990); cité dans M. C. Bassiouni, «Critical Reflections on International and National Control of Drugs» (1990), 18 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 311, à la p. 327).

Les incidences négatives de la toxicomanie sur la santé, notamment une mortalité accrue et une variété de problèmes de santé liés à l'usage des drogues, représentent un autre coût important pour la société (*Conséquences économiques et sociales de l'abus et du trafic illicite des drogues, op. cit.*, aux pp. 36 et 37). Le lien établi entre la toxicomanie, le partage des seringues, la prostitution, le sida et d'autres maladies ajoute aux risques pour la santé à l'échelle mondiale (*ibid.*, p. 37).

L'usage de la drogue a un effet préjudiciable sur l'éducation et crée là aussi un cercle vicieux: il diminue le rendement scolaire, et les problèmes qui en découlent, comme la perte d'estime de soi imputable à l'absence de résultats scolaires gratifiants, incitent à la consommation des stupéfiants (*ibid.*, p. 39).

Enfin, il semble de plus en plus que la culture et la transformation des plantes cultivées en drogue

99

100

101

102

drug cultivation and processing (e.g., the use and dumping of hazardous chemicals), and from efforts to curtail these activities (such as the spraying of herbicides to eradicate illicit cultivation) (*ibid.*, pp. 33-34).

(3) Links to Criminal Activity and Corruption

103 Drug-related crime is a serious problem in producer and consumer countries alike. The incidence of criminal activity increases with drug addiction, as users engage in property crimes and prostitution to support their habits. Violent conflicts among trafficking groups significantly increase the incidence of violence in some areas (*ibid.*, p. 35).

104 Illicit drug use and trafficking has a two-fold impact on law enforcement. First, it diverts time, energy and resources away from other responsibilities. Second, especially in the case of a well-organized industry, there is a risk of police corruption. Criminal activity and funds related to drug trafficking also have a broader corrupting impact on government and civil society. In some countries the money available from the drug trade seriously undermines the democratic process through the purchasing of protection, influence and votes. There are obvious dangers of corruption in the judicial system as well. Further the presence of large amounts of illegitimate funds also has the potential to destabilize national economies, which in turn renders the political system vulnerable and dependent (*ibid.*, p. 36).

(4) Threats to International Political and Economic Stability

105 The established links between organized crime, terrorist organizations, arms dealing and drug trafficking compound the risks to security in individual countries and in the international community.

(par exemple, l'emploi et le déversement de produits chimiques dangereux), ainsi que les mesures prises pour faire échec à ces activités (comme la pulvérisation d'herbicides afin de détruire les cultures illicites) ont des effets très néfastes sur l'environnement (*ibid.*, pp. 40 et 41).

(3) Liens avec l'activité criminelle et la corruption

La criminalité liée à la drogue constitue un problème grave tant dans les pays producteurs que dans les pays consommateurs. La toxicomanie fait progresser la criminalité, les toxicomanes commettant des crimes contre les biens et s'adonnant à la prostitution pour se procurer l'argent nécessaire à la satisfaction de leurs besoins en drogue. Dans certaines régions, les conflits qui opposent les groupes de trafiquants accroissent sensiblement l'incidence de la violence (*ibid.*, pp. 42 et 43).

Les conséquences de la consommation et du trafic des drogues illicites sur la répression de la criminalité sont doubles. Premièrement, il y a détournement du temps, de l'énergie et des ressources qui pourraient être consacrés à d'autres activités. Deuxièmement, surtout dans les milieux bien organisés, il y a un risque de corruption policière. La criminalité et les fonds liés au trafic de la drogue ont aussi un effet corrupteur plus général sur les gouvernements et la société civile. Dans certains pays, les fonds tirés du commerce de la drogue minent sérieusement le processus démocratique parce qu'ils permettent d'acheter protection, influence et votes. Il existe aussi des risques évidents de corruption du système judiciaire. En outre, la mise en circulation de quantités considérables de fonds provenant d'activités illicites est susceptible de déstabiliser les économies nationales, ce qui entraîne la vulnérabilité et la dépendance du système politique (*ibid.*, p. 44).

(4) Mise en péril de la stabilité politique et économique à l'échelle internationale

Les liens établis entre le crime organisé, les groupes terroristes, le trafic d'armes et le trafic des stupéfiants multiplient les risques pour la sécurité dans chaque pays et au sein de la communauté

According to the United Nations International Drug Control Programme, “[i]n situations of armed conflict, illicit drug revenues — or the drugs themselves — are regularly exchanged for arms” (*World Drug Report, supra*, at p. 17). In some countries, such as Peru, trafficking organizations have formed alliances with guerrilla groups to ensure supplies of materials for processing (*ibid.*, p. 128). The financial and military power of these organizations threatens to undermine the political and economic stability of numerous countries, and indeed the entire international community.

The combined effects of the trade in illicit drugs have led one author to conclude that drug profits “do more to corrupt social systems, damage economies and weaken moral and ethical values than the combined effects of all other forms of crime. . . . The corrupting reach into government officials, politicians and the business community further endangers the stability of societies and governmental processes, and ultimately threaten political stability and even world order” (Bassiouni, *supra*, at pp. 323-24).

C. *The United Nations and the Control of Illicit Drugs*

(1) United Nations Activity in the Area of Drug Control

The grave concern of the international community relating to the use and trafficking of illicit drugs predated the establishment of the United Nations, and drug control activities have continued since its founding. The consequences of trafficking in opium at the beginning of the century led to cooperative international efforts to control it. The *International Opium Convention*, 8 L.N.T.S. 187, was adopted in 1912. Since that time, over a dozen multilateral instruments as well as many bilateral agreements and innumerable other documents have been developed by the international community, under the auspices first of the League of Nations

internationale. Selon le Programme des Nations Unies pour le contrôle international des drogues, [TRADUCTION] «[e]n situation de conflit armé, les revenus provenant du trafic des drogues illicites — ou les drogues elles-mêmes — servent régulièrement à l’achat d’armes» (*World Drug Report, op. cit.*, à la p. 17). Dans certains pays, tel le Pérou, les trafiquants ont conclu des alliances avec des groupes de guérilleros pour garantir leur approvisionnement en matériel de transformation (*ibid.*, p. 128). La puissance financière et militaire de ces organisations menace la stabilité politique et économique de nombreux pays et, en fait, de la communauté internationale dans son ensemble.

Les effets combinés du commerce des drogues illicites amènent un auteur à conclure que les profits tirés de ce commerce [TRADUCTION] «contribuent plus à la corruption des systèmes sociaux, à la détérioration des économies et à l’affaiblissement des valeurs morales et éthiques que les effets combinés de toutes les autres formes de criminalité. [. . .] L’étendue de la corruption au sein des gouvernements, des milieux politiques et des milieux d’affaires compromet en outre la stabilité des sociétés et le fonctionnement des États et elle menace ultimement la stabilité politique, voir l’ordre mondial» (Bassiouni, *loc. cit.*, aux pp. 323 et 324).

C. *Les Nations Unies et la lutte contre les drogues illicites*

(1) Activité des Nations Unies dans le domaine du contrôle des drogues

La profonde inquiétude de la communauté internationale au sujet de l’usage et du trafic des drogues illicites est antérieure à la création de l’Organisation des Nations Unies, et depuis l’établissement de cet organisme, les activités de contrôle des drogues se sont poursuivies. Au début du siècle, les répercussions du trafic de l’opium ont suscité une coopération à l’échelle internationale en vue d’y mettre un frein. La *Convention internationale de l’opium*, 8 R.T.S.N. 187, a été adoptée en 1912. Depuis, plus d’une douzaine d’instruments multilatéraux, de nombreux accords bilatéraux et d’innumérables autres documents ont été établis par la

and then of the United Nations. Indeed actions aimed at controlling the traffic in drugs were taken upon the founding of the United Nations.

108 Recent UN activity in this area demonstrates an ever increasing concern with illicit drug trafficking and its associated ills. There are three major UN bodies that have been established to deal with drug control. The Commission on Narcotic Drugs ("CND"), a commission of the Economic and Social Council established in 1946, is the central policy-making body within the UN on drug-related matters. The United Nations International Drug Control Programme is the UN agency responsible for coordinating activities in this area. The International Narcotics Control Board, established in 1968, is responsible for administering treaties relating to the international control of drugs, overseeing their implementation and promoting compliance.

109 Until the 1980s, the most important international instruments were the *Single Convention on Narcotic Drugs, 1954*, 30 March 1954, 520 U.N.T.S. 204, amended by a Protocol in 1972 (*Protocol Amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1954*, 25 March 1972, 976 U.N.T.S. 3), and the *Convention on Psychotropic Substances*, 21 February 1971, 1019 U.N.T.S. 175. The *Single Convention on Narcotic Drugs, 1954* consolidated most of the previous multilateral treaties on drugs. Both the *Single Convention on Narcotic Drugs, 1954* and the *Convention on Psychotropic Substances* focussed on the supply and movement of drugs, and attempted to establish a network of administrative controls. More than 116 narcotic drugs and 111 psychotropic substances are controlled by these conventions. Canada is a signatory to both conventions (*Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*, United Nations, New York (ST/LEG/SER.E), as available on <http://www.un.org/Depts/Treaty> on December 4, 1997).

110 By the 1980s, however, it had become apparent that the seriousness of the problem had continued

communauté internationale, tout d'abord sous les auspices de la Société des Nations, puis sous l'égide des Nations Unies. Des mesures visant à lutter contre le trafic de la drogue ont été prises dès la fondation des Nations Unies.

L'activité récente des Nations Unies dans ce domaine dénote une préoccupation croissante en ce qui a trait au trafic des drogues illicites et aux maux qui y sont associés. Trois organes importants des Nations Unies s'occupent du contrôle des drogues. La Commission des stupéfiants («CS»), établie par le Conseil économique et social en 1946, est l'organe directeur des Nations Unies pour les questions relatives aux drogues. Le Programme des Nations Unies pour le contrôle international des drogues est l'organisme des Nations Unies responsable des activités de coordination dans ce domaine. L'Organe international de contrôle des stupéfiants, créé en 1968, s'occupe de l'administration des traités se rapportant au contrôle international des drogues, veille à leur mise en œuvre et promeut leur observation.

Avant 1980, les instruments internationaux les plus importants étaient la *Convention unique sur les stupéfiants de 1954*, 30 mars 1954, 520 R.T.N.U. 205, modifiée par un protocole en 1972 (*Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1954*, 25 mars 1972, 976 R.T.N.U. 3) et la *Convention sur les substances psychotropes*, 21 février 1971, 1019 R.T.N.U. 175. La *Convention unique sur les stupéfiants de 1954* reprenait la plupart des traités multilatéraux antérieurs relatifs aux drogues. La *Convention unique sur les stupéfiants de 1954* et la *Convention sur les substances psychotropes* mettaient toutes deux l'accent sur l'offre et la circulation des drogues et leur objectif était d'établir un réseau de contrôles administratifs. Ces conventions visent plus de 116 stupéfiants et 111 substances psychotropes. Le Canada est signataire des deux conventions (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, Nations Unies, New York (ST/LEG/SER.E), disponible sur <http://www.un.org/Depts/Treaty> le 4 décembre 1997).

Dès les années 80, cependant, il est devenu apparent que le problème continuait de s'aggraver

to increase and that the measures taken up to that time were inadequate:

... as the power of the drug cartels became more pervasive and their methods increasingly sophisticated, the need for new and more stringent international measures became clear. Within the United Nations, the Commission on Narcotic Drugs became the focus of efforts to formulate and adopt a more comprehensive, long-range approach to the drug problem at the international level.

(D. P. Stewart, "Internationalizing The War on Drugs: The UN Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances" (1990), 18 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 387, at p. 390.)

In 1981, an International Drug Abuse Control Strategy and programme of action were adopted (GA Res. 36/168, 16 December 1981), which targeted both use and trafficking. In 1984, the United Nations General Assembly passed a unanimous resolution asking that the CND be requested to begin preparation of a new convention (GA Res. 39/141, 14 December 1984). The CND began work on the draft convention in the following year (Stewart, *supra*, at p. 390), and this work continued, with the encouragement of the General Assembly, for the next few years (see, e.g., GA Res. 40/120, 13 December 1985).

An International Conference on Drug Abuse and Illicit Trafficking attended by delegates from 138 states took place in Vienna in 1987 (*Report of the International Conference on Drug Abuse and Illicit Trafficking*, UN Doc. A/CONF.133/12, at p. 97). Two major documents were adopted at the conference: the conference Declaration and the *Comprehensive Multidisciplinary Outline of Future Activities in Drug Abuse Control* (*ibid.*, pp. 88 and 3). The Outline is a non-binding set of guidelines to be used by member states and organizations in designing a comprehensive approach to the problems of drug abuse and trafficking (*ibid.*, p. 7). It covers prevention and demand reduction, control of supply, suppression of illicit trafficking, and treatment and rehabilitation. The Declaration expressed concern about the effects of drug abuse

et que les mesures prises jusqu'alors étaient inadéquates:

[TRADUCTION] ... les cartels de la drogue devenant plus puissants et leurs méthodes se raffinant de plus en plus, la nécessité de nouvelles mesures internationales plus vigoureuses s'est imposée. Au sein des Nations Unies, la Commission des stupéfiants est devenue l'instrument privilégié pour formuler et adopter une démarche à long terme plus globale face au problème de la drogue à l'échelle internationale.

(D. P. Stewart, «Internationalizing The War on Drugs: The UN Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances» (1990), 18 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 387, à la p. 390.)

En 1981, une stratégie internationale de lutte contre l'abus des drogues et un programme d'action ont été adoptés (Rés. AG 36/168, 16 décembre 1981) pour s'attaquer tant à l'usage qu'au trafic des drogues. En 1984, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté à l'unanimité une résolution demandant à la CS d'entreprendre la rédaction d'une nouvelle convention (Rés. AG 39/141, 14 décembre 1984). La CS a commencé à travailler à un projet de convention l'année suivante (Stewart, *loc. cit.*, à la p. 390) et, avec l'appui de l'Assemblée générale, elle a poursuivi ses travaux au cours des années qui ont suivi (voir par exemple, Rés. AG 40/120, 13 décembre 1985).

En 1987, à Vienne, des délégués de 138 États ont participé à une Conférence internationale sur l'abus et le trafic illicite des drogues (*Rapport de la Conférence internationale sur l'abus et le trafic illicite des drogues*, Doc. NU A/CONF.133/12, à la p. 99). Deux documents importants ont été adoptés à cette conférence: la Déclaration et le *Schéma multidisciplinaire complet pour les activités futures de lutte contre l'abus des drogues* (*ibid.*, pp. 90 et 3). Le schéma énonce des lignes directrices non obligatoires à l'usage des États et des organisations membres en vue d'une solution globale aux problèmes de l'abus et du trafic des drogues (*ibid.*, p. 7). Il traite de la prévention et de la réduction de la demande, du contrôle de l'offre, de la suppression du trafic illicite, ainsi que du traitement et de la réhabilitation. La Déclaration fait état d'inquié-

and called for universal accession to the *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961* and the *Convention on Psychotropic Substances*, and the completion and adoption of the new convention.

112 By the following year, the *United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, UN Doc. E/Conf.82/15, 19 December 1988 (“*Illicit Traffic Convention*”), was in the final stages of negotiation and drafting. A conference for its adoption was held, with the delegations from 106 states participating (*Final Act of the United Nations Conference for the Adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, UN Doc. E/Conf.82/14, at para. 7). The *Illicit Traffic Convention* was adopted on December 19, 1988 and was immediately signed by 44 states, including Canada (D. W. Sproule and P. St-Denis, “The UN Drug Trafficking Convention: An Ambitious Step”, in *Canadian Yearbook of International Law 1989*, vol. XXVII, 263, at p. 263); it came into force in November 1990. As of December 1997, 88 states have now signed the *Illicit Traffic Convention (Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*, United Nations, New York (ST/LEG/SER.E), as available on <http://www.un.org/Depts/Treaty> on December 4, 1997).

113 The *Illicit Traffic Convention* has been described as “one of the most detailed and far-reaching instruments ever adopted in the field of international criminal law” (Stewart, *supra*, at p. 388). Its preamble recognizes “that illicit traffic is an international criminal activity, the suppression of which demands urgent attention and the highest priority”, and the eradication of which “is a collective responsibility of all States” (emphasis added). It includes provisions regarding the establishment of criminal offences for trafficking and related activities, the exercise of jurisdiction, confiscation of drugs, other materials and proceeds, extradition, mutual legal assistance and other forms of cooperation, control of substances, materials and equipment used in illicit manufacture,

tudes au sujet des effets de la toxicomanie et elle appelle à l’adhésion universelle à la *Convention unique sur les stupéfiants de 1961* et à la *Convention sur les substances psychotropes*, de même qu’à la rédaction finale et à l’adoption de la nouvelle convention.

L’année suivante, la *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, Doc. NU E/Conf.82/15, 19 décembre 1988 («*Convention contre le trafic illicite*»), en était aux étapes finales de la négociation et de la rédaction. Une conférence a eu lieu en vue de son adoption, et des représentants de 106 États y ont participé (*Acte final de la Conférence des Nations Unies pour l’adoption d’une convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, Doc. NU E/Conf.82/14, au par. 7). La *Convention contre le trafic illicite* a été adoptée le 19 décembre 1988, et 44 États, dont le Canada, y ont immédiatement apposé leur signature (D. W. Sproule et P. St-Denis, «The UN Drug Trafficking Convention: An Ambitious Step», dans *l’Annuaire canadien du Droit international 1989*, t. XXVII, 263, à la p. 263); elle est entrée en vigueur en novembre 1990. En décembre 1997, 88 États étaient signataires de la *Convention contre le trafic illicite (Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, Nations Unies, New York (ST/LEG/SER.E), disponible sur <http://www.un.org/Depts/Treaty> le 4 décembre 1997).

La *Convention contre le trafic illicite* a été saluée comme [TRADUCTION] «l’un des instruments les plus détaillés et les plus ambitieux jamais adoptés dans le domaine du droit pénal international» (Stewart, *loc. cit.*, à la p. 388). Son préambule reconnaît «que le trafic illicite est une activité criminelle internationale dont l’élimination exige une attention urgente et le rang de priorité le plus élevé» et que sa suppression «relève de la responsabilité collective de tous les États» (je souligne). Elle renferme des dispositions concernant l’établissement d’infractions criminelles liées au trafic et aux activités connexes, l’exercice de la compétence, la saisie des drogues, d’autres biens et des produits tirés de l’activité illicite, l’extradition, l’entraide juridique et d’autres formes de coopéra-

eradication of cultivation, and various other matters relating to the control of trafficking. It covers the narcotic drugs and psychotropic substances listed under the *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961* and the *Convention on Psychotropic Substances*, as well as substances commonly used in the illicit manufacture of these drugs.

United Nations concern and activity relating to the control of illicit drug trafficking has continued to intensify throughout the last decade. Various organs and agencies of the United Nations have been addressing the problem of illicit drugs and associated issues such as organized crime, money laundering and terrorism. A special session of the General Assembly to consider the problem of illicit drugs is planned for 8-10 June 1998 (GA Res. 51/64, 28 January 1997), and a high-level political declaration has been proposed for that session (Press Release, GA/SHC/3424, 27 October 1997).

The new UN Programme for Reform identifies drug control, crime prevention and combatting international terrorism as a priority area for the UN in the coming years (*Renewing the United Nations: A Programme for Reform*, UN Doc. A/51/950, 14 July 1997, at para. 144). The United Nations International Drug Control Programme and the Crime Prevention and Criminal Justice Division (renamed the Centre for International Crime Prevention) are to be reorganized to strengthen the UN's activities in this area (*ibid.*, paras. 144-45). The reform programme recognizes that "transnational networks of crime, narcotics, money-laundering and terrorism" are a threat to government authority, civil society and law and order, and that this is an issue of growing international concern (*ibid.*, para. 143).

tion, le contrôle des substances, du matériel et de l'équipement utilisés pour fabriquer des drogues illicites, l'éradication des cultures et diverses autres questions se rapportant à la lutte contre le trafic. Elle s'applique aux stupéfiants et aux substances psychotropes énumérés dans la *Convention unique sur les stupéfiants de 1961* et la *Convention sur les substances psychotropes*, ainsi qu'aux substances couramment utilisées dans la fabrication illicite de ces drogues.

Les préoccupations et les activités des Nations Unies liées à la lutte contre le trafic des drogues illicites ont continué de s'intensifier au cours de la dernière décennie. Divers organes et organismes des Nations Unies se sont penchés sur le problème des drogues illicites et sur des questions connexes, comme le crime organisé, le recyclage de l'argent et le terrorisme. Une session extraordinaire de l'Assemblée générale doit avoir lieu du 8 au 10 juin 1998 (Rés. AG 51/64, 28 janvier 1997) pour examiner le problème des drogues illicites, et on propose à cette occasion l'adoption d'une déclaration au plus haut niveau politique (Communiqué de presse, AG/SHC/313, 27 octobre 1997).

Selon le nouveau programme de réformes (*Rénover l'Organisation des Nations Unies: Un programme de réformes*, Doc. NU A/51/950, 14 juillet 1997, au par. 144), le contrôle des drogues, la prévention du crime et la lutte contre le terrorisme international constituent des domaines prioritaires des Nations Unies pour les prochaines années. Le Programme des Nations Unies pour le contrôle international des drogues et la Division de la prévention du crime et de la justice pénale (rebaptisée Centre de la prévention de la criminalité internationale) doivent être restructurés afin de consolider les activités des NU dans ce domaine (*ibid.*, par. 144 et 145). Le programme de réformes reconnaît que «les réseaux transnationaux de la criminalité, des stupéfiants, du blanchiment de l'argent et du terrorisme» constituent une menace à l'autorité des gouvernements, à la société civile et à l'ordre public et qu'il s'agit d'un problème de plus en plus préoccupant sur le plan international (*ibid.*, par. 143).

114

115

(2) Statements by the United Nations on Illicit Drug Trafficking

116

Throughout the 1980s and 1990s, international efforts to combat illicit drug trafficking have been included as an item of the General Assembly agenda in every session, and at each session, the General Assembly has adopted resolutions on the subject. These resolutions are not legally binding upon member states, but they clearly and strongly indicate the views of the United Nations and its members. The resolutions on the control of drug trafficking consistently contain expressions of extreme concern about the problem and of condemnation for those who are responsible for its perpetuation and continued growth.

117

The following excerpts, from a 1986 resolution on the *International campaign against traffic in drugs*, GA Res. 41/127, 4 December 1986, are typical of the tone and content of these statements:

Conscious of the common concern that exists among peoples of the world regarding the devastating effects of drug abuse and illicit trafficking, which jeopardize the stability of democratic institutions and the well-being of mankind and which therefore constitute a grave threat to the security and an obstacle to the development of many countries,

. . .

Considering that, despite the efforts made, the situation continues to deteriorate, owing, inter alia, to the growing interrelationship between drug trafficking and transnational criminal organizations that are responsible for much of the drug traffic and abuse of narcotic drugs and psychotropic substances and for the increase in violence, corruption and injury to society,

Acknowledging once more that the eradication of this scourge calls for acknowledgement of shared responsibility . . .

1. Condemns unequivocally drug trafficking in all its illicit forms — production, processing, marketing and consumption — as a criminal activity and requests all States to pledge their political will in a concerted and universal struggle to achieve its complete and final elimination. . . . [Emphasis added.]

(2) Déclarations des Nations Unies concernant le trafic des drogues illicites

Au cours des années 80 et 90, des mesures internationales de lutte contre le trafic des drogues illicites ont figuré à l'ordre du jour de chacune des sessions de l'Assemblée générale, et chaque fois, l'Assemblée générale a adopté des résolutions à ce sujet. Ces résolutions ne s'imposent pas légalement aux États Membres, mais elles énoncent clairement et vigoureusement le point de vue des Nations Unies et de ses membres. Les résolutions relatives à la lutte contre le trafic de la drogue font toutes état d'une vive préoccupation à l'égard du problème et condamnent ceux qui en assurent la continuité et la progression.

Les extraits suivants d'une résolution de 1986 sur la *Campagne internationale contre le trafic des drogues*, Rés. AG 41/127, 4 décembre 1986, donnent une idée du ton et de la teneur de ces déclarations:

Consciente de l'angoisse commune que les peuples du monde éprouvent quant aux effets dévastateurs de l'abus et du trafic illicite des drogues, qui mettent en péril la stabilité des institutions démocratiques et le bien-être de l'humanité et constituent donc une grave menace pour la sécurité et un obstacle au développement de nombreux pays,

. . .

Considérant que, malgré les efforts faits, la situation continue de se dégrader à cause, notamment, du lien de plus en plus étroit entre le trafic des drogues et les organisations criminelles transnationales qui sont, pour une large part, à l'origine du trafic des drogues et de l'abus des stupéfiants et des substances psychotropes, comme de l'aggravation de la violence, de la corruption et du mal fait à la société,

Constatant une fois de plus que l'élimination de ce fléau implique la reconnaissance d'une responsabilité partagée . . .

1. Condamne sans équivoque tous les aspects du trafic illicite des drogues: production, transformation, commercialisation et consommation, en tant qu'activité criminelle, et demande à tous les États de proclamer leur volonté politique de mener une lutte concertée et universelle en vue d'éliminer complètement et définitivement ce trafic . . . [Je souligne.]

Subsequent declarations also expressed alarm at the detrimental impact on youth, both in terms of their involvement in production and trafficking, and the increasing numbers of drug addicted children and young people (e.g., GA Res. 43/121, 8 December 1988; GA Res. 44/141, 15 December 1989; GA Res. 46/103, 16 December 1991; GA Res. 49/168, 24 February 1995), and at the increasing connection between drug trafficking and terrorism (e.g., GA Res. 44/142, 15 December 1989; GA Res. 45/149, 18 December 1990; GA Res. 46/103, 16 December 1991; GA Res. 47/102, 16 December 1992; GA Res. 48/112, 20 December 1993).

In 1990, a Political Declaration and Global Programme of Action were adopted at the seventeenth special session of the General Assembly, which was devoted to the control of illicit drug use and trafficking. The Political Declaration states:

We, the States Members of the United Nations,

Assembled at the seventeenth special session of the General Assembly to consider the question of international co-operation against illicit production, supply, demand, trafficking and distribution of narcotic drugs and psychotropic substances,

Deeply alarmed by the magnitude of the rising trend in the illicit demand, production, supply, trafficking and distribution of narcotic drugs and psychotropic substances, which are a grave and persistent threat to the health and well-being of mankind, the stability of nations, the political, economic, social and cultural structures of all societies and the lives and dignity of millions of human beings, most especially of young people,

Deeply concerned about the violence and corruption generated by the illicit demand, production, trafficking and distribution of narcotic drugs and psychotropic substances and the high human, political, economic and social costs of drug abuse and of the fight against the drug problem, entailing the diversion of scarce resources

Des déclarations subséquentes expriment également l'inquiétude que suscitent les répercussions néfastes sur la jeunesse de sa participation à la production et au trafic de la drogue, le nombre croissant de toxicomanes parmi les enfants et les jeunes (par exemple, Rés. AG 43/121, 8 décembre 1988; Rés. AG 44/141, 15 décembre 1989; Rés. AG 46/103, 16 décembre 1991; Rés. AG 49/168, 24 février 1995), ainsi que les liens croissants entre le trafic de la drogue et le terrorisme (par exemple, Rés. AG 44/142, 15 décembre 1989; Rés. AG 45/149, 18 décembre 1990; Rés. AG 46/103, 16 décembre 1991; Rés. AG 47/102, 16 décembre 1992; Rés. AG 48/112, 20 décembre 1993).

En 1990, une Déclaration politique et un Programme d'action mondial ont été adoptés à la dix-septième session extraordinaire de l'Assemblée générale consacrée à la lutte contre l'abus et le trafic des drogues illicites. La Déclaration politique énonce:

Nous, États Membres de l'Organisation des Nations Unies,

Prenant part à la dix-septième session extraordinaire de l'Assemblée générale, consacrée à la question de la coopération internationale contre la production, l'offre, la demande, le trafic et la distribution illicites de stupéfiants et de substances psychotropes,

Profondément alarmés par l'ampleur toujours croissante prise par la demande, la production, l'offre, le trafic et la distribution illicites de stupéfiants et de substances psychotropes, qui font peser une menace grave et persistante sur la santé et le bien-être de l'humanité, la stabilité des nations, les structures politiques, économiques, sociales et culturelles de toutes les sociétés et la vie et la dignité de millions d'êtres humains, tout spécialement les jeunes,

Profondément préoccupés par la violence et la corruption qu'engendrent la demande, la production, le trafic et la distribution illicites de stupéfiants et de substances psychotropes, ainsi que par le coût humain, politique, économique et social élevé de la toxicomanie et de la lutte contre le problème de la drogue, qui détourne de la réalisation d'autres priorités nationales, y compris les activités de développement dans le cas des pays en

from other national priorities, which in the case of developing countries includes development activities,

. . . .

Recognizing the links between drug abuse and a wide range of adverse health consequences, including the transmission of human immunodeficiency virus (HIV) infection and the spread of acquired immunodeficiency syndrome (AIDS),

Recognizing also that illicit trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances is a criminal activity and that its suppression requires a higher priority and concerted action at the national, regional and international levels by all States, . . .

Noting that the large financial profits derived from illicit drug trafficking and related criminal activities enable transnational criminal organizations to penetrate, contaminate and corrupt the structure of Governments, legitimate commercial activities and society at all levels, thereby vitiating economic and social development, distorting the process of law and undermining the foundations of States,

. . . .

Alarmed at the growing link between illicit trafficking in narcotic drugs and terrorist activities, which is aggravated by insufficient control of commerce in arms and by illicit or covert arms transfers, as well as by illegal activities of mercenaries,

. . . .

Agree on the following:

1. We resolve to protect mankind from the scourge of drug abuse and illicit trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances;

2. We affirm that the fight against drug abuse and illicit trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances should be accorded high priority by Governments and by all relevant regional and international organizations;

. . . .

8. We condemn the crime of illicit drug trafficking in all its forms and reaffirm our political commitment to concerted international action. . . . [Emphasis added.]

(GA Res. S-17/2, 23 February 1990, Annex)

développement, une part des ressources limitées disponibles à ce titre,

. . . .

Conscients des liens qui existent entre la toxicomanie et toute une série de conséquences néfastes pour la santé, y compris la transmission du virus de l'immunodéficience humaine (VIH) et la propagation du syndrome de l'immunodéficience acquise (SIDA),

Considérant également que le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes est une activité criminelle dont l'élimination ne saurait être assurée que si tous les États y assignent un rang de priorité élevé et s'y consacrent de façon concertée . . .

Notant que les profits considérables qu'elles tirent du trafic illicite de drogues et des activités criminelles dont il s'accompagne permettent aux organisations criminelles transnationales de s'infiltrer dans les gouvernements, dans les activités commerciales légitimes et dans la société à tous les niveaux, ainsi que d'en altérer et d'en corrompre les structures, viciant ainsi le développement économique et social, faussant le fonctionnement du droit et sapant les fondements des États,

. . . .

Alarmés par les liens de plus en plus étroits existant entre le trafic illicite de stupéfiants et les activités terroristes, à quoi s'ajoutent l'insuffisance du contrôle exercé sur le commerce d'armes, les transferts illicites ou clandestins d'armes et les activités illégales de mercenaires,

. . . .

Sommes convenus de ce qui suit:

1. Nous sommes résolus à protéger l'humanité du fléau de la toxicomanie et du trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes;

2. Nous affirmons que les gouvernements et toutes les organisations internationales et régionales compétentes se doivent d'assigner un rang de priorité élevé à la lutte contre la toxicomanie et le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes;

. . . .

8. Nous condamnons sous toutes ses formes le délit que constitue le trafic illicite de la drogue et réaffirmons notre volonté politique de mener une action internationale concertée . . . [Je souligne.]

(Rés. AG S-17/2, 23 février 1990, annexe)

Most recently, a resolution adopted in January 1998 states that the General Assembly is:

Gravely concerned that, despite continued increased efforts by States and relevant international organizations, there is a global expansion of illicit demand for, production of and trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances, including synthetic and designer drugs, which threatens the health, safety and well-being of millions of persons, in particular young people, in all countries, as well as the political and socio-economic systems and the stability, national security and sovereignty of an increasing number of States,

Deeply alarmed by the growing and spreading violence and economic power of criminal organizations and terrorist groups engaged in drug trafficking activities and other criminal activities, such as money laundering and illicit traffic of arms and precursors and essential chemicals, and by the increasing transnational links between them, . . .

Fully aware that States, the relevant organizations of the United Nations system and multilateral development banks need to accord a higher priority and political determination to dealing with this scourge, which undermines development, economic and political stability and democratic institutions, and the combat against which entails increasing economic costs for Governments and the irreparable loss of human lives. . . . [Emphasis added.]

(GA Res. 52/92, 26 January 1998)

To traffic in dangerous illicit drugs is to commit a very grievous crime with very serious social consequences in Canada and throughout the world. In light of the grave international consequences it would be reasonable to expect the United Nations to have considered and studied the problem. The foregoing review confirms that those expectations have been met. The studies conducted by the United Nations have confirmed the gravity of the crime and the continuing tragedy of its consequences. These studies and the pronouncements of the United Nations concerning drug trafficking indicate that the crime can indeed be considered to

Plus récemment, dans une résolution adoptée en janvier 1998, l'Assemblée générale dit ce qui suit:

Constatant avec une vive préoccupation que, en dépit des efforts redoublés des États et des organismes internationaux compétents, on voit augmenter mondialement la demande, la production et le trafic illicites de stupéfiants et de substances psychotropes, y compris de drogues synthétiques et d'analogues de substance illicite, qui, partout dans le monde, menacent la santé, la sécurité et le bien-être de millions de personnes, en particulier les jeunes, ainsi que les systèmes socio-économiques et politiques et la stabilité, la sécurité nationale et la souveraineté d'un nombre croissant d'États,

Vivement alarmée par la violence et le pouvoir économique croissants qu'exercent les organisations criminelles et les groupes terroristes se livrant au trafic de drogues et à d'autres activités criminelles telles que le blanchiment de l'argent et le trafic d'armes et de précurseurs et produits chimiques essentiels ainsi que par le développement des relations transnationales entre ces organisations et groupes . . .

Se rendant pleinement compte que les États, les organismes des Nations Unies compétents et les banques multilatérales de développement doivent faire preuve d'une plus grande volonté politique et attribuer un plus haut rang de priorité à la lutte contre ce fléau qui compromet le développement, la stabilité économique et politique et les institutions démocratiques, entraîne pour les gouvernements qui le combattent une charge économique de plus en plus lourde et cause des pertes irréparables en vies humaines . . . [Je souligne.]

(Rés. AG 52/92, 26 janvier 1998)

Faire le trafic de drogues illicites dangereuses c'est commettre un crime très grave dont les conséquences sociales sont dévastatrices au Canada et partout dans le monde. Vu les graves répercussions de ce fléau à l'échelle internationale, il serait légitime de s'attendre à ce que les Nations Unies aient examiné la question. L'exposé qui précède montre que ces attentes n'ont pas été déçues. Les études réalisées par les Nations Unies confirment la gravité du crime et les conséquences désastreuses qu'il continue d'engendrer. Ces études et déclarations des Nations Unies concernant le trafic de la drogue indiquent que ce crime peut, à n'en pas

be contrary to the purposes and principles of the United Nations.

D. *Application to the Case at Bar: Is Illicit Drug Trafficking an Act Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations?*

(1) How Should A Court Or Tribunal Determine What Constitutes An Act Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations?

120 On occasion, the United Nations itself has expressly declared a certain activity to be contrary to its purposes and principles. In those cases, the declaration depending on its legal status may compel a domestic court to find that the act is contrary to the purposes and principles of the United Nations, or at least persuade it to make such a finding. This is the situation which pertains to enforced disappearance, torture and international terrorism. The *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (GA Res. 3452 (XXX), 9 December 1975, Article 2) states that “[a]ny act of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment is an offence to human dignity and shall be condemned as a denial of the purposes of the Charter of the United Nations. . . .”

121 The *Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* (GA Res. 47/133, 18 December 1992, Article 1(1)) contains similar language with respect to enforced disappearance. The *Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism* (GA Res. 49/60, 17 February 1995, Annex, Article 2) and the *Declaration to Supplement the 1994 Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism* (GA Res. 51/210, 16 January 1997, Annex, Article 2) both state that the acts, methods and practices of terrorism are contrary to the purposes and principles of the United Nations. These declarations are persuasive evidence that the acts stated to be contrary to the purposes or principles of the United

douter, être tenu pour contraire aux buts et aux principes des Nations Unies.

D. *Application à la présente espèce: le trafic des drogues illicites est-il contraire aux buts et aux principes des Nations Unies?*

(1) Comment une cour de justice ou un tribunal devrait-il déterminer ce qui constitue un agissement contraire aux buts et aux principes des Nations Unies?

À l’occasion, l’Organisation des Nations Unies a elle-même déclaré expressément qu’une activité donnée était contraire à ses buts et à ses principes. En pareil cas, selon la portée juridique de la déclaration, le tribunal national peut être tenu de conclure que l’acte est contraire aux buts et aux principes des Nations Unies ou, à tout le moins, être convaincu qu’il convient de tirer une telle conclusion. Tel est le cas en matière de disparition forcée, de torture et de terrorisme international. La *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (Rés. AG 3452 (XXX), 9 décembre 1975, art. 2), dit que «[t]out acte de torture ou tout autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant est un outrage à la dignité humaine et doit être condamné comme un reniement des buts de la Charte des Nations Unies . . .»

La *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* (Rés. AG 47/133, 18 décembre 1992, par. 1(1)) renferme une disposition similaire en ce qui concerne la disparition forcée. La *Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international* (Rés. AG 49/60, 17 février 1995, annexe, art. 2) et la *Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international* (Rés. AG 51/210, 16 janvier 1997, annexe, art. 2) énoncent toutes deux que les actes, méthodes et pratiques terroristes sont contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. Ces déclarations établissent de façon éloquent que les agissements déclarés contraires aux buts ou aux

Nations should be treated as such, *inter alia*, for the purposes of the *Refugee Convention*.

It does not follow, however, that the category of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations should be restricted to those expressly declared to be so. A domestic tribunal is entitled, upon considering the relevant material, to find that the phrase includes other types of acts. On this appeal two other categories were put forward as an indication of the kind of acts which should also be considered contrary to the purposes and principles of the United Nations: namely international crimes and "crimes of international concern". While these categories may be useful guides, they should not, I think, be considered to be conclusive in determining the scope of acts which should be included.

The category of acts which are agreed to be true international crimes is, at least at the present time, a very limited one. These crimes would be considered acts contrary to the purposes and principles of the United Nations, but I do not think they constitute the only acts contravening the UN's purposes and principles. On the other hand, the category of "crimes of international concern", which it is suggested includes those crimes which are the subject of international conventions providing for international cooperation in prosecuting offenders, is a very broad one. (See, e.g., M. C. Bassiouni, *International Criminal Law*, vol. 1, *Crimes* (1986), at pp. 135-36.) He would include some activity which it would be inappropriate to label as "contrary to the purposes and principles of the United Nations". Actions which do come within this description will have serious consequences. It follows that in the context of defining the scope of exclusions to the *Refugee Convention*, they should not be too broadly defined.

Similarly, it cannot be that every initiative of the United Nations is so central to its purposes and principles that any act which violates or undermines those initiatives is "contrary to the purposes and principles of the United Nations". It is true

principes des Nations Unies devraient être considérés comme tels, notamment pour l'application de la *Convention relative au statut des réfugiés*.

Il ne s'ensuit cependant pas que la catégorie des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies doive être limitée à ceux qui font expressément l'objet d'une déclaration en ce sens. Le tribunal national peut, après examen des éléments pertinents, conclure que d'autres types d'agissements sont visés. Dans le cadre du présent pourvoi, deux autres catégories ont été évoquées pour illustrer le genre d'agissements qui devraient être tenus pour contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, notamment le crime international et le «crime d'intérêt international». Bien que ces catégories puissent mettre sur la voie lorsqu'il s'agit de déterminer quels agissements devraient être visés, elles ne devraient pas être tenues pour concluantes, selon moi.

La catégorie des actes dont on convient qu'il s'agit de véritables crimes internationaux est, du moins pour le moment, très restreinte. Ces crimes seraient tenus pour être des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, mais je ne crois pas que ce soit les seuls actes qui contreviennent à ces buts et principes. En revanche, la catégorie des «crimes d'intérêt international», qui engloberait les crimes visés par les conventions internationales prévoyant une coopération internationale aux fins de la poursuite des contrevenants, est une catégorie très générale (voir, par exemple, M. C. Bassiouni, *International Criminal Law*, vol. 1, *Crimes* (1986), aux pp. 135 et 136). Cet auteur inclurait certaines activités qu'il ne conviendrait pas de qualifier de «contraires aux buts et aux principes des Nations Unies». Les actes qui sont de fait visés par cette expression ont de graves conséquences. Il s'ensuit que pour déterminer l'étendue des exclusions prévues par la *Convention relative au statut des réfugiés*, ces actes ne doivent pas être définis d'une façon trop générale.

De même, chaque mesure des Nations Unies ne saurait être si essentielle à la réalisation de ses buts et de ses principes que tout acte y contrevenant ou en réduisant l'efficacité soit «contraire aux buts et aux principes des Nations Unies». Il est vrai que

122

123

124

that one of the purposes of the United Nations as expressed in its Charter is “[t]o achieve international cooperation in solving international problems” (*Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7, Article 1(3)). However in light of the expansive, and expanding scope of the areas in which agencies of the United Nations are active, it would not be appropriate to use this wide range of activity to define the exclusion at issue here.

125 Nevertheless, there are some matters which are the subject of such grave concern and such intense and continuing activity that it may be inferred that they are fundamentally connected to the goals of the UN. It is not merely the extent of the concern and activity that will indicate which initiatives are central to the purposes and principles of the UN, but also the nature of the problem and its relationship to the purposes and principles as they are expressed in the Charter. Some problems have been recognized by the international community as being so serious and of such a nature that they pose a threat to the entire international community and the principles of its social order. Conduct which directly or significantly contributes to these problems or which violates agreed principles or obligations with respect to them should, in appropriate cases, be considered as contrary to the purposes and principles of the United Nations. In my view trafficking to a significant extent in a dangerous drug such as heroin should be included in this category of conduct.

126 While I agree with Bastarache J. that serious or systematic violation of human rights would be conduct that is contrary to the purposes and principles of the United Nations, with respect, I do not see that it is the only conduct that should be considered in interpreting Article 1F(c) of the *Refugee Convention*. The promotion of respect for human rights is one of the fundamental purposes of the United Nations. There are, however, other purposes and principles which can be violated by the actions of an individual or a state. It may be useful

l’un des buts des Nations Unies, selon sa Charte, est de «[r]éaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux» (*Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 n° 7, par. 1(3)). Toutefois, vu le nombre considérable et croissant de domaines dans lesquels les organismes des Nations Unies interviennent, il serait inapproprié de renvoyer à cette gamme étendue d’activités pour définir l’exclusion visée en l’espèce.

Néanmoins, certaines questions suscitent de telles inquiétudes et donnent lieu à une activité tellement intense et constante qu’on peut conclure qu’elles sont fondamentalement liées aux objectifs des NU. Ce n’est pas seulement l’ampleur des inquiétudes et des activités qui permettent de déterminer qu’une mesure est essentielle à la réalisation des buts et principes des Nations Unies, mais également la nature du problème et son lien avec les buts et les principes énoncés dans la Charte. La communauté internationale a reconnu que certains problèmes, en raison de leur gravité et de leur nature, constituent une menace pour l’ensemble de la communauté internationale et de l’ordre public international. Le comportement qui exerce une action directe ou importante sur ces problèmes ou qui porte atteinte à des obligations ou à des principes recueillant l’adhésion générale devrait, dans les cas qui s’y prêtent, être tenu pour contraire aux buts et aux principes des Nations Unies. À mon avis, le trafic d’une drogue dangereuse comme l’héroïne, pratiqué sur une vaste échelle, devrait entrer dans cette catégorie de comportement.

Même si je conviens avec le juge Bastarache qu’une violation grave ou systématique des droits de la personne constituerait un comportement contraire aux buts et aux principes des Nations Unies, en tout déference, je ne crois pas qu’il s’agisse du seul comportement qui doit être pris en considération pour interpréter la section Fc) de l’article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés*. Certes, la promotion du respect des droits de la personne est l’un des buts fondamentaux des Nations Unies. Il existe cependant d’autres buts et principes auxquels les actes d’un particulier ou d’un État peuvent porter atteinte. Il peut être utile

to review the purposes and principles of the United Nations set out in the Charter:

Article 1

The Purposes of the United Nations are:

1. To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace;

2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;

3. To achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and

4. To be a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends.

Article 2

The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles:

1. The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members.

2. All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfil in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.

3. All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered.

4. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or

d'examiner les buts et les principes des Nations Unies énoncés dans la Charte:

Article 1

Les Buts des Nations Unies sont les suivants:

1. Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin: prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix;

2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde;

3. Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion;

4. Être un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers ces fins communes.

Article 2

L'Organisation des Nations Unies et ses Membres, dans la poursuite des Buts énoncés à l'article 1, doivent agir conformément aux Principes suivants:

1. L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres.

2. Les Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de Membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte.

3. Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger.

4. Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territo-

in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.

5. All Members shall give the United Nations every assistance in any action it takes in accordance with the present Charter, and shall refrain from giving assistance to any state against which the United Nations is taking preventive or enforcement action.

6. The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security.

7. Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.

These principles are reiterated and developed in the *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations* (GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970, Annex).

127 The determination of what constitutes an act contrary to these purposes and principles need not be limited to the consideration of one purpose, the protection of human rights, notwithstanding the fact that it is important and that the *Refugee Convention* is a human rights instrument. Although the purpose of the instrument will be taken into account in interpreting its provisions, I do not see that in this case it must restrict the content of the exclusion so as to limit it to conduct relating directly to human rights. All of the purposes and principles should be considered. Furthermore, some types of conduct may indirectly but significantly contribute to the violation of human rights; I would include participation in large scale illicit drug trafficking in that category of conduct.

riale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les Buts des Nations Unies.

5. Les Membres de l'Organisation donnent à celle-ci pleine assistance dans toute action entreprise par elle conformément aux dispositions de la présente Charte et s'abstiennent de prêter assistance à un État contre lequel l'Organisation entreprend une action préventive ou coercitive.

6. L'Organisation fait en sorte que les États qui ne sont pas Membres des Nations Unies agissent conformément à ces Principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

7. Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte; toutefois ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au chapitre VII.

Ces principes sont réitérés et précisés dans la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies* (Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970, annexe).

L'analyse effectuée pour déterminer ce qu'est un agissement contraire à ces buts et à ces principes ne doit pas forcément porter sur un seul but, la protection des droits de la personne, bien qu'il s'agisse d'un but important et que la *Convention relative au statut des réfugiés* soit un instrument de défense des droits de la personne. Même si le but d'un instrument est pris en considération pour en interpréter les dispositions, je ne pense pas qu'en l'espèce, il doive restreindre la portée de l'exclusion de manière qu'elle vise seulement le comportement lié directement aux droits de la personne. Il doit être tenu compte de tous les buts et de tous les principes. En outre, certains types de comportement peuvent concourir indirectement, mais substantiellement, à la violation des droits de la personne; la participation au trafic des drogues illicites pratiqué sur une vaste échelle entre selon moi dans cette catégorie.

The *Refugee Convention* should be interpreted so as to provide the greatest protection of human rights. Yet, it cannot be the case that the interpretation of an exclusion must be forever restricted. As international law develops, the content of a phrase such as “acts contrary to the purposes and principles of the United Nations” must be capable of development. The expansion of the exclusion set out in Article 1F(c) of the *Refugee Convention* should not be undertaken lightly, but where there is compelling evidence suggesting that it should be interpreted in a certain way, a court is not precluded from adopting that interpretation.

International law is developing continuously. Courts should recognize that the guidance provided by interpretive aids such as the *travaux préparatoires* and subsequent practice must be considered in the light of the current state of the law and international understandings. The *travaux préparatoires* should be taken into account, yet this does not mean that courts are restricted to a precise interpretation of that material. Rather, consideration should be given to the underlying principles and concerns that they express with the aim of giving them a contemporary meaning. Similarly, with regard to state practice, some consistency should be maintained with the line of interpretation revealed by the practice of state parties, but that interpretation must be adjusted to take into account evolving ideas and principles in international law. The interpretation of international legal instruments is a dynamic process which must take into account the contemporary conditions. To put it another way, the interpretation must respond to the contemporary context.

(2) Can a Private Individual Be Guilty of Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations?

The position, that illicit drug trafficking activities may constitute acts contrary to the purposes and principles of the United Nations, assumes that private individuals can commit such acts. Although those involved in trafficking will sometimes hold public office or other positions of

La *Convention relative au statut des réfugiés* devrait être interprétée de façon à protéger le mieux possible les droits de la personne. Cependant, l'interprétation d'une exclusion ne saurait être enfermée à jamais dans des limites. Le sens donné à des termes tels «agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies» devrait pouvoir suivre l'évolution du droit international. Certes, il ne faut pas étendre à la légère la portée de l'exclusion prévue à la section Fc) de l'article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés*, mais lorsque des éléments de preuve probants indiquent qu'elle devrait être interprétée d'une certaine façon, le tribunal ne devrait pas être empêché de retenir cette interprétation.

Le droit international évolue constamment. Les tribunaux devraient reconnaître que les indications fournies par les outils d'interprétation que sont les travaux préparatoires et la pratique ultérieurement suivie doivent être considérées à la lumière de l'état actuel du droit et des ententes internationales. Il convient de tenir compte des travaux préparatoires, mais cela ne signifie pas que les tribunaux soient tenus de les interpréter strictement. Il y a lieu plutôt de tenir compte des principes et des préoccupations qui les sous-tendent en vue de leur donner un sens adapté au contexte contemporain. De même, en ce qui concerne la pratique étatique, il convient d'assurer une certaine harmonisation avec l'interprétation établie par la pratique suivie par les États, mais cette interprétation doit être adaptée selon l'évolution des notions et des principes du droit international. L'interprétation des instruments juridiques internationaux est un processus dynamique qui doit tenir compte des circonstances actuelles. En d'autres termes, l'interprétation doit s'adapter au contexte contemporain.

(2) Un particulier peut-il se rendre coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies?

Le point de vue selon lequel les activités liées au trafic des drogues illicites peuvent constituer des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies suppose qu'un particulier peut se rendre coupable de tels agissements. Bien que certaines personnes impliquées dans le trafic des

power, it is unlikely that they would be engaging in illicit trafficking in their capacity as state actors. More often the traffickers will be private individuals with no direct connection to state authority.

131 To hold that a private person who is not acting on behalf of or as agent of a state, could commit an act that is contrary to the purposes and principles of an international organization of nation states is, admittedly, contrary to the traditional position. Traditionally it was thought that the purposes and principles of the United Nations, like international law generally, are addressed only to states, and can be violated only by state actors. This is the position reflected in the portions of the *travaux préparatoires* and the United Nations High Commissioner for Refugees' *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* referred to by the appellant.

132 However, the status of private individuals in international law has evolved in recent years. It is now generally accepted that an individual acting in his or her private capacity can commit acts which constitute violations of international law. Although the scope of international criminal responsibility for private individuals is limited, it does exist. Some of the acts covered by Article 1F(a) can be committed by individuals who are not acting as officials or agents of a state. It follows that Article 1F(c), could also apply to individuals. For example the actions of a kidnapping or murdering terrorist; the illicit sale of arms by an arms dealer; or the trafficking in heroin in a large scale which might fund the acts of the terrorist or arms dealer could all contravene the aims and principles of the United Nations.

133 Furthermore, some of the acts which have been explicitly recognized as contrary to the purposes and principles of the United Nations are also recognized to be committed, at least in some cases, by private individuals. The *Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism* implies that terrorist acts may be committed with or without

drogues illicites soient titulaires d'une charge publique ou occupent un poste d'autorité, il est peu probable qu'elles se livrent à ce trafic illicite en leur qualité de représentants de l'État. Généralement, le trafiquant est un particulier qui n'a aucun lien direct avec les autorités publiques.

Soutenir qu'un particulier qui n'agit pas pour le compte d'un État, notamment à titre de représentant, peut se livrer à des agissements contraires aux buts et aux principes d'une organisation internationale regroupant des États nationaux va, je le reconnais, à l'encontre de la thèse traditionnelle selon laquelle les buts et les principes des Nations Unies, tout comme le droit international en général, ne visent que les États et ne peuvent être violés que par leurs représentants. C'est ce qui ressort des extraits des travaux préparatoires et du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés cités par l'appellant.

Toutefois, ces dernières années, la situation du particulier a évolué en droit international. Désormais, il est généralement admis que le particulier agissant à titre privé peut accomplir des actes qui portent atteinte aux règles du droit international. Bien qu'elle soit limitée, la responsabilité pénale internationale du particulier existe. Certains des actes visés à la section Fa) de l'article premier peuvent être le fait d'un particulier n'agissant pas en tant que représentant ou mandataire d'un État. La section Fc) de l'article premier peut donc s'appliquer également au particulier. Ainsi, les actes terroristes incluant le rapt ou le meurtre, la vente illicite d'armes par un marchand d'armes ou le trafic d'héroïne pratiqué sur une vaste échelle susceptible de financer les activités d'un terroriste ou d'un marchand d'armes peuvent tous contrevenir aux buts et aux principes des Nations Unies.

Par ailleurs, certains des agissements expressément reconnus comme étant contraires aux buts et aux principes des Nations Unies sont également imputés, à tout le moins dans certains cas, à des particuliers. Selon la *Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international*, des actes terroristes peuvent être perpétrés avec ou

official state involvement. This is apparent from the Preamble that refers to “acts of international terrorism, including those in which States are directly or indirectly involved” (emphasis added).

The position adopted by my colleague, Bastarache J., that “acts contrary to the purposes and principles of the United Nations” should be interpreted, for the purposes of the *Refugee Convention*, as meaning serious violations of human rights or persecution, also implies that private individuals could be guilty of these acts. Indeed this Court held in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, that persecution could, in some cases, include acts by private individuals without any state involvement (at pp. 713-17).

(3) Is Trafficking in Illicit Drugs an Act Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations?

In my opinion significant trafficking in a dangerous illicit drug can constitute an act which is contrary to the purposes and principles of the United Nations. It would thus form the basis of exclusion from refugee status pursuant to Article 1F(c) of the *Refugee Convention*. Although I accept the result arrived at by the courts below and suggested by the respondent, I arrive at that result by somewhat different reasoning.

At the outset it is important to set out certain propositions which do not form the basis for my position. I do not proceed on the basis that refugee status is a privilege or exceptional entitlement and that therefore any doubt in interpretation may be resolved against the potential claimant. To the extent that this was the basis underlying the reasons of Strayer J.A. in the Court of Appeal, I cannot with respect agree with that view. The right to claim refugee status constitutes an important right, and any exclusions from that right must be interpreted in accordance with accepted principles.

sans la participation officielle d'un État. C'est ce qui ressort du préambule qui renvoie aux «actes de terrorisme international, y compris ceux dans lesquels des États sont impliqués directement ou indirectement» (je souligne).

La position adoptée par mon collègue le juge Bastarache selon laquelle les «agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies» devraient s'entendre, pour l'application de la *Convention relative au statut des réfugiés*, de violations graves des droits de la personne ou de la persécution, suppose également qu'un particulier peut se rendre coupable de tels agissements. Notre Cour a de fait statué dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, que la persécution pouvait, dans certains cas, englober les actes d'un particulier, à l'exclusion de toute participation de l'État (aux pp. 713 à 717).

(3) Le trafic des drogues illicites est-il un agissement contraire aux buts et aux principes des Nations Unies?

Je suis d'avis que le trafic d'une drogue illicite dangereuse, pratiqué sur une vaste échelle, peut constituer un agissement contraire aux buts et aux principes des Nations Unies. Il justifierait donc l'exclusion du statut de réfugié suivant la section Fc) de l'article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés*. Je suis d'accord avec le résultat auquel parviennent les tribunaux d'instance inférieure et que propose l'intimé, mais j'arrive à ce résultat en suivant un raisonnement quelque peu différent.

Tout d'abord, il importe d'exposer les propositions qui ne fondent pas ma position. D'entrée de jeu, je ne considère pas que le statut de réfugié constitue un privilège ou un droit exceptionnel de manière que tout doute puisse être interprété contre le demandeur éventuel. Dans la mesure où les motifs du juge Strayer de la Cour d'appel sont fondés sur cette assertion, je ne peux donner mon adhésion à ce point de vue. Le droit de revendiquer le statut de réfugié constitue un droit important, et toute exclusion doit être interprétée conformément aux principes établis.

134

135

136

137 Next, the rationale for including illicit drug trafficking in the 1F(c) exclusion is not that Canada should be able to exclude from the refugee determination process persons who might be considered “undesirable” or who have, without more, committed crimes in Canada. These cases must be dealt with, if at all, according to the provisions for *refoulement* as they are incorporated into the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

138 It is also not, as the respondent suggested, a question of helping in some way in the “war against drugs”. Canada’s obligations do not require it to deny refugee status to those involved in the drug trade. Rather, the interpretation of the exclusion to include drug trafficking reflects the harsh reality that this activity is recognized, both legally and practically, as an activity that not only is a domestic criminal offence, but occasions very serious and significant harm in the international community. It is because it gives rise to such grave consequences that it can and should form the basis of an exclusion. This conclusion arises from the consideration and application of the same rationale that prompted the international community to determine that certain persons should not, because of the nature of their actions, be permitted to make the claim to refugee status that they would otherwise be entitled to make.

(4) Illicit Drug Trafficking as an International Crime

139 Trafficking in illicit drugs is clearly a “crime of international concern”. The *Illicit Traffic Convention* explicitly recognizes that “illicit traffic is an international criminal activity, the suppression of which demands urgent attention and the highest priority” (Preamble). It requires all states who are parties to cooperate in the prevention and prosecution of trafficking offences. General Assembly resolutions have also referred to illicit drug trafficking as a criminal activity, which requires international cooperation to suppress (e.g., GA

Ensuite, s’il y a lieu de conclure que le trafic des drogues illicites est visé à la section Fc) de l’article premier, ce n’est pas parce que le Canada devrait pouvoir exclure du processus de reconnaissance du statut de réfugié les personnes jugées «indésirables» ou ayant commis un crime au Canada, sans plus. Ces affaires doivent être traitées, le cas échéant, conformément aux dispositions relatives au refoulement qui sont intégrées à la *Loi sur l’immigration*, L.R.C (1985), ch. I-2.

Il ne s’agit pas non plus, comme le laisse entendre l’intimé, de soutenir d’une certaine manière la «guerre contre la drogue». Les obligations du Canada n’exigent pas qu’il refuse le statut de réfugié à ceux qui participent au commerce de la drogue. C’est plutôt qu’en concluant que la disposition portant exclusion s’applique au trafic de la drogue, l’on tient compte de cette dure réalité que, tant sur le plan juridique que pratique, cette activité est reconnue non seulement comme un acte criminel à l’échelle nationale, mais comme une source de maux très graves et très importants infligés à la communauté internationale. C’est en raison de la gravité de ses conséquences que cette activité peut et devrait justifier l’exclusion. Cette conclusion résulte de l’examen et de l’application des mêmes principes qui ont amené la communauté internationale à déterminer que certaines personnes ne devraient pas, en raison de la nature de leurs actes, être autorisées à demander la reconnaissance du statut de réfugié, qu’elles auraient autrement le droit de revendiquer.

(4) Le trafic des drogues illicites en tant que crime international

Le trafic des drogues illicites est manifestement un «crime d’intérêt international». La *Convention contre le trafic illicite* reconnaît expressément que «le trafic illicite est une activité criminelle internationale dont l’élimination exige une attention urgente et le rang de priorité le plus élevé» (preamble). Tous les États parties sont tenus de collaborer à la prévention et à la répression des infractions liées au trafic de la drogue. Les résolutions de l’Assemblée générale qualifient également le trafic des drogues illicites d’activité criminelle dont l’éli-

Res. 39/141, 14 December 1984, Annex; GA Res. 41/127, 4 December 1986).

The legal status of illicit trafficking as an “international crime” is less clear, in large part because there is little agreement on what constitutes a true international crime (J. F. Murphy, “International Crimes” in C. C. Joyner, ed., *The United Nations and International Law* (1997), 362, at pp. 362-63). According to one author, “[i]n light of [the *Illicit Traffic Convention*] and the other earlier multilateral efforts a good argument can be made that international drug trafficking is a crime under customary international law” (*ibid.*, pp. 369-70). However, it does not yet seem to be established that universal jurisdiction exists for drug trafficking crimes. The latest version of the International Law Commission’s *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind* (*Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session*, UN Doc. A/51/10, chapter 2) does not contain provisions on narcotics trafficking although they had been included in an earlier draft (*Draft Articles on the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, UN Doc. A/46/405, 11 September 1991, at p. 25). The commentary to the recent draft, however, indicates that this omission is not to be construed as precluding further discussion and perhaps the eventual inclusion of those provisions (*Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, supra*, at para. 40).

All of these elements may be considered in determining whether trafficking in illicit drugs is an act contrary to the purposes and principles of the United Nations. However, I do not think that the categorization of an act as an international crime or crime of international concern is determinative of the question. Rather it is necessary to consider the question in the context of all the relevant factors.

mination exige une coopération internationale (par exemple, Rés. AG 39/141, 14 décembre 1984, annexe; Rés. AG 41/127, 4 décembre 1986).

Sur le plan juridique, il est moins évident que le trafic illicite soit un «crime international», surtout parce qu’on ne s’entend pas sur la définition du véritable crime international (J. F. Murphy, «International Crimes» dans C. C. Joyner, éd., *The United Nations and International Law* (1997), 362, aux pp. 362 et 363.) Selon un auteur, [TRADUCTION] «[la *Convention contre le trafic illicite*] et d’autres actions multilatérales antérieures permettent de soutenir que le trafic de la drogue internationale constitue un crime en droit international coutumier» (*ibid.*, pp. 369 et 370). Toutefois, il ne semble pas encore établi qu’il existe une compétence universelle à l’égard des crimes liés au trafic de la drogue. La plus récente version du *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité* (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session*, Doc. NU A/51/10, ch. 2) de la Commission du droit international ne renferme aucune disposition sur le trafic des stupéfiants, contrairement à une ébauche antérieure (*Projet d’articles du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité*, Doc. NU A/46/405, 11 septembre 1991, à la p. 25). Le commentaire de la plus récente version indique cependant que cette omission ne doit pas être interprétée comme faisant obstacle à d’autres discussions ni même à l’éventuelle inclusion de ces dispositions (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, op. cit.*, au par. 40).

Tous ces éléments peuvent être pris en considération pour déterminer si le trafic des drogues illicites est contraire aux buts et aux principes des Nations Unies. Toutefois, le fait qu’un acte constitue un crime international ou un crime d’intérêt international n’est pas déterminant, selon moi, pour trancher la question. Il faut plutôt examiner celle-ci en tenant compte de tous les facteurs pertinents.

(5) Nature and Gravity of the Harm Caused by Illicit Drug Trafficking

142

The concern of the appellant and the intervener on this appeal was to establish some rational basis for identifying those “crimes of international concern” or activities contrary to some United Nations programme or initiative that could properly be called “acts contrary to the purposes and principles of the United Nations”. In my view, the additional factor which distinguishes illicit drug trafficking from some other “crimes of international concern” or United Nations initiatives is the nature and gravity of the harm to people in countries around the world and to the international community as a whole that results from this activity. An analysis of the nature and severity of the harm provides a rational basis for drawing the necessary distinctions.

143

The insidious and widespread effects of drug use and trafficking have already been described. Beyond any doubt the harm caused by the illicit traffic in drugs is of the utmost severity. This illicit traffic takes a dreadful toll on the lives of individuals, families and communities. It destabilizes and retards the development of whole nations and regions. Clearly the grave concern that has been consistently expressed by the international community is well merited. Nor can there be any doubt that the severity of the problem and the international concern for its consequences is increasing.

144

Drug trafficking has, throughout this century, been an international enterprise and hence an international problem. However, the ever increasing scale of the traffic, the apparent efficiency of organization and sophistication, the vast sums of money involved and the increasing links with transnational organized crime and terrorist organizations constitute a threat which is increasingly serious in both its nature and extent. Illicit drug trafficking now threatens peace and security at a national and international level. It affects the sovereignty of some states, the right of self-determination and democratic government, economic, social and political stability and the enjoyment of human rights. Many of the purposes and principles

(5) Nature et gravité des méfaits du trafic des drogues illicites

L’appelant et l’intervenant ont tenté d’établir, dans le cadre du présent pourvoi, certains principes permettant de déterminer quels «crimes d’intérêt international» ou activités contraires à un programme ou à une mesure des Nations Unies sont susceptibles d’être qualifiés d’«agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies». À mon avis, le facteur supplémentaire qui distingue le trafic des drogues illicites d’autres «crimes d’intérêt international» ou des mesures des Nations Unies est la nature et la gravité des maux infligés aux populations dans le monde et à la communauté internationale dans son ensemble. L’analyse de la nature et de la gravité de ces maux permet de dégager certains principes afin d’établir les distinctions nécessaires.

Les effets insidieux et profonds de l’usage et du trafic de la drogue ont déjà été décrits. Il ne fait aucun doute que les méfaits du trafic illicite de la drogue sont d’une gravité extrême. Il n’épargne ni la vie des personnes, ni celles des familles et des collectivités. Il déstabilise des nations et des régions entières et en retarde le développement. Manifestement, la profonde préoccupation constamment exprimée par la communauté internationale est justifiée. Il ne fait aucun doute non plus que le problème s’aggrave, tout comme s’accroît dans le monde l’inquiétude que suscitent ses conséquences.

Tout au long du présent siècle, le trafic de la drogue a constitué une activité internationale et, par conséquent, un problème international. Cependant, l’ampleur toujours croissante du trafic, l’apparente efficacité de l’organisation et des méthodes, les sommes considérables en jeu et les liens de plus en plus étroits entre le crime organisé transnational et les organisations terroristes constituent une menace toujours plus grande de par sa nature et son étendue. Le trafic des drogues illicites menace désormais la paix et la sécurité à l’échelon national et international. Il porte atteinte à la souveraineté de certains États, au droit à l’autodétermination et à un gouvernement démocratique, à la stabilité économique, sociale et poli-

expressed in the UN Charter, are undermined, directly or indirectly, by the international trade in illicit drugs: for example, international peace and security (Article 1(1)), self-determination (Article 1(2)), solving economic, social, cultural or humanitarian problems (Article 1(3)), protection of human rights (Article 1(3)), sovereignty (Article 2(1)) and refraining from the use of force (Article 2(4)). It is on this basis that I find that at least some individuals who participate in and contribute to this activity must be considered to be committing acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

(6) Explicit Statements Regarding Illicit Drug Trafficking by the United Nations

The statements on this subject by the international community, including the relevant conventions and General Assembly resolutions, reflect an acute awareness of the nature and gravity of the problem, and a severe condemnation of the activities that give rise to the problem. It was contended by the intervener Canadian Council for Refugees that the silence of the United Nations on illicit drug trafficking, in contrast to, for example, torture and international terrorism, indicated that trafficking should not be considered contrary to its purposes and principles. Yet, in reality, the United Nations has been anything but silent with respect to its concerns about the international traffic in illicit drugs and its effects.

It is true that, the United Nations has never specifically declared that drug trafficking is "contrary to the purposes and principles of the United Nations". However it has clearly and frequently recognized and denounced the evils of drug trafficking. See for example:

Trafficking in narcotic drugs or psychotropic substances is a grave international crime against humanity.

(Draft Convention against Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances and Related

tique, ainsi qu'aux droits de la personne. Bon nombre des buts et des principes énoncés dans la *Charte des Nations Unies* sont directement ou indirectement minés par le commerce international des drogues illicites: par exemple, le maintien de la paix et la sécurité internationales (par. 1(1)), le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (par. 1(2)), le règlement des problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire (par. 1(3)), le respect des droits de l'homme (par. 1(3)), l'égalité souveraine des membres (par. 2(1)) et l'exclusion du recours à l'emploi de la force (par. 2(4)). J'en conclus que les agissements d'au moins certaines des personnes qui participent à cette activité doivent être tenus pour contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

(6) Déclarations explicites des Nations Unies concernant le trafic des drogues illicites

Les déclarations de la communauté internationale sur le sujet, y compris les conventions et les résolutions de l'Assemblée générale pertinentes, dénotent une sensibilisation aiguë à la nature et à la gravité du problème et une condamnation sévère des activités qui sont à l'origine de ce problème. L'intervenant, le Conseil canadien pour les réfugiés, a soutenu que le silence de l'Organisation des Nations Unies sur le trafic des drogues illicites, par opposition, notamment, à son attitude à l'égard de la torture et du terrorisme international, indique que ce trafic ne devrait pas être tenu pour contraire à ses buts et à ses principes. Mais, dans les faits, l'Organisation des Nations Unies n'a pas cessé d'exprimer son inquiétude au sujet du trafic international des drogues illicites et de ses effets.

Il est vrai que l'Organisation des Nations Unies n'a jamais expressément déclaré que le trafic de la drogue était «contraire aux buts et aux principes des Nations Unies». Toutefois, elle a clairement et fréquemment reconnu et dénoncé les méfaits de ce commerce illicite. Voir par exemple:

Le trafic de stupéfiants ou de substances psychotropes est un crime international grave contre l'humanité.

(Projet de convention contre le trafic des stupéfiants et des substances psychotropes et les acti-

Activities, GA Res. 39/141, 14 December 1984, Annex, Article 2)

[The General Assembly] [c]ondemns unequivocally drug trafficking in all its illicit forms. . . .

(GA Res. 41/127, 4 December 1986, Article 1)

We condemn the crime of illicit drug trafficking in all its forms. . . .

(Political Declaration, GA Res. S-17/2, 23 February 1990, Annex, Article 8)

[The General Assembly] [s]trongly condemns the crime of drug trafficking in all its forms. . . .

(GA Res. 45/149, 18 December 1990, Part I, Article 1; GA Res. 46/103, 16 December 1991, Part I, Article 2)

[The General Assembly] [r]eiterates its condemnation of the crime of drug trafficking in all its forms. . . .

(GA Res. 47/102, 16 December 1992, Part I, Article 2; GA Res. 48/112, 20 December 1993, Part II, Article 1)

147

There are also many statements reflecting an awareness that trafficking threatens essential aspects of the purposes and principles of the United Nations. Drug trafficking has been recognized as a threat to:

health and well-being (e.g., GA Res. 36/132, 14 December 1981; GA Res. 39/141, 14 December 1984, Annex; GA Res. 40/122, 13 December 1985; GA Res. 41/127, 4 December 1986; GA Res. 44/142, 15 December 1989; GA Res. S-17/2, 23 February 1990, Annex; GA Res. 49/168, 24 February 1995; GA Res. 51/64, 28 January 1997; GA Res. 52/92, 26 January 1998);

political, economic, social and cultural structures (e.g., GA Res. 42/113, 7 December 1987; GA Res. 43/122, 8 December 1988; GA Res. 44/141, 15 December 1989; GA Res. 44/142, 15 December 1989; GA Res. S-17/2, 23 February 1990, Annex; GA Res. 45/149, 18 December 1990; GA Res. 49/168, 24 February 1995; GA Res. 51/64, 28 January 1997; GA Res. 52/92, 26 January 1998);

vités connexes, Rés. AG 39/141, 14 décembre 1984, annexe, art. 2)

[L'Assemblée générale] [c]ondamne sans équivoque tous les aspects du trafic illicite des drogues. . . .

(Rés. AG 41/127, 4 décembre 1986, art. 1)

Nous condamnons sous toutes ses formes le délit que constitue le trafic illicite de la drogue. . . .

(Déclaration politique, Rés. AG S-17/2, 23 février 1990, annexe, art. 8)

[L'Assemblée générale] [c]ondamne énergiquement le trafic de drogues sous toutes ses formes. . . .

(Rés. AG 45/149, 18 décembre 1990, partie I, art. 1; Rés. AG 46/103, 16 décembre 1991, partie I, art. 2)

[L'Assemblée générale] [c]ondamne de nouveau le trafic de drogues sous toutes ses formes. . . .

(Rés. AG 47/102, 16 décembre 1992, partie I, art. 2; Rés. AG 48/112, 20 décembre 1993, partie II, art. 1)

En outre, de nombreuses déclarations dénotent une sensibilisation au fait que le trafic des drogues menace des aspects essentiels des buts et des principes des Nations Unies, notamment:

la santé et le bien-être (par exemple, Rés. AG 36/132, 14 décembre 1981; Rés. AG 39/141, 14 décembre 1984, annexe; Rés. AG 40/122, 13 décembre 1985; Rés. AG 41/127, 4 décembre 1986; Rés. AG 44/142, 15 décembre 1989; Rés. AG S-17/2, 23 février 1990, annexe; Rés. AG 49/168, 24 février 1995; Rés. AG 51/64, 28 janvier 1997; Rés. AG 52/92, 26 janvier 1998);

les structures politiques, économiques, sociales et culturelles (par exemple, Rés. AG 42/113, 7 décembre 1987; Rés. AG 43/122, 8 décembre 1988; Rés. AG 44/141, 15 décembre 1989; Rés. AG 44/142, 15 décembre 1989; Rés. AG S-17/2, 23 février 1990, annexe; Rés. AG 45/149, 18 décembre 1990; Rés. AG 49/168, 24 février 1995; Rés. AG 51/64, 28 janvier 1997; Rés. AG 52/92, 26 janvier 1998);

development (e.g., GA Res. 38/122, 16 December 1983; GA Res. 39/141, 14 December 1984, Annex; GA Res. 40/122, 13 December 1985; GA Res. 41/127, 4 December 1986; GA Res. S-17/2, 23 February 1990, Annex; GA Res. 49/168, 24 February 1995; GA Res. 52/92, 26 January 1998);

political and economic stability (e.g., GA Res. 40/122, 13 December 1985; GA Res. 44/142, 15 December 1989; GA Res. 45/149, 18 December 1990; GA Res. 49/168, 24 February 1995; GA Res. 51/64, 28 January 1997; GA Res. 52/92, 26 January 1998);

national security (e.g., GA Res. 36/132, 14 December 1981; GA Res. 38/122, 16 December 1983; GA Res. 40/122, 13 December 1985; GA Res. 41/127, 4 December 1986; GA Res. 42/113, 7 December 1987; GA Res. 43/122, 8 December 1988; GA Res. 44/142, 15 December 1989; GA Res. 45/149, 18 December 1990; GA Res. 49/168, 24 February 1995; GA Res. 51/64, 28 January 1997; GA Res. 52/92, 26 January 1998);

sovereignty (e.g., GA Res. 39/141, 14 December 1984, Annex; GA Res. 40/121, 13 December 1985; GA Res. 44/142, 15 December 1989; GA Res. 45/149, 18 December 1990; GA Res. 49/168, 24 February 1995; GA Res. 51/64, 28 January 1997; GA Res. 52/92, 26 January 1998);

human rights (e.g., GA Res. 44/39, 4 December 1989; GA Res. 49/168, 24 February 1995);

and

democratic institutions (e.g., GA Res. 40/121, 13 December 1985; GA Res. 41/127, 4 December 1986; GA Res. 42/113, 7 December 1987; GA Res. 43/122, 8 December 1988; GA Res. 44/141, 15 December 1989; GA Res. 49/168, 24 February 1995; GA Res. 51/64, 28 January 1997).

As a basis for comparison, the Article of the *Declaration on Measures to Eliminate Interna-*

le développement (par exemple, Rés. AG 38/122, 16 décembre 1983; Rés. AG 39/141, 14 décembre 1984, annexe; Rés. AG 40/122, 13 décembre 1985; Rés. AG 41/127, 4 décembre 1986; Rés. AG S-17/2, 23 février 1990, annexe; Rés. AG 49/168, 24 février 1995; Rés. AG 52/92, 26 janvier 1998);

la stabilité politique et économique (par exemple, Rés. AG 40/122, 13 décembre 1985; Rés. AG 44/142, 15 décembre 1989; Rés. AG 45/149, 18 décembre 1990; Rés. AG 49/168, 24 février 1995; Rés. AG 51/64, 28 janvier 1997; Rés. AG 52/92, 26 janvier 1998);

la sécurité nationale (par exemple, Rés. AG 36/132, 14 décembre 1981; Rés. AG 38/122, 16 décembre 1983; Rés. AG 40/122, 13 décembre 1985; Rés. AG 41/127, 4 décembre 1986; Rés. AG 42/113, 7 décembre 1987; Rés. AG 43/122, 8 décembre 1988; Rés. AG 44/142, 15 décembre 1989; Rés. AG 45/149, 18 décembre 1990; Rés. AG 49/168, 24 février 1995; Rés. AG 51/64, 28 janvier 1997; Rés. AG 52/92, 26 janvier 1998);

la souveraineté (par exemple, Rés. AG 39/141, 14 décembre 1984, annexe; Rés. AG 40/121, 13 décembre 1985; Rés. AG 44/142, 15 décembre 1989; Rés. AG 45/149, 18 décembre 1990; Rés. AG 49/168, 24 février 1995; Rés. AG 51/64, 28 janvier 1997; Rés. AG 52/92, 26 janvier 1998);

les droits de l'homme (par exemple, Rés. AG 44/39, 4 décembre 1989; Rés. AG 49/168, 24 février 1995);

et

les institutions démocratiques (par exemple, Rés. AG 40/121, 13 décembre 1985; Rés. AG 41/127, 4 décembre 1986; Rés. AG 42/113, 7 décembre 1987; Rés. AG 43/122, 8 décembre 1988; Rés. AG 44/141, 15 décembre 1989; Rés. AG 49/168, 24 février 1995; Rés. AG 51/64, 28 janvier 1997).

À des fins de comparaison, rappelons que l'article de la *Déclaration sur les mesures visant à éli-*

tional Terrorism that declares the acts, methods and practices of terrorism to be contrary to the purposes and principles of the United Nations states that these “may pose a threat to international peace and security, jeopardize friendly relations among States, hinder international cooperation and aim at the destruction of human rights, fundamental freedoms and the democratic bases of society” (Article 2). Since the United Nations has explicitly recognized that the traffic in illicit drugs may pose a similar threat, I think it is reasonable to infer that this activity is also contrary to the purposes and principles of the United Nations.

149 This conclusion is strengthened by the recognition that illicit drug trafficking is, to an increasingly significant extent, linked to other acts which are contrary to the purposes and principles of the United Nations. That organization has recognized that trafficking in illicit drugs is directly and indirectly responsible for grave human rights violations. Its growing links to international terrorism clearly indicate that drug money is used to support terrorist activity. The international community has recently recognized this in the *Declaration to Supplement the 1994 Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism* by stating that:

2. The States Members of the United Nations reaffirm that acts, methods and practices of terrorism are contrary to the purposes and principles of the United Nations; they declare that knowingly financing, planning and inciting terrorist acts are also contrary to the purposes and principles of the United Nations. . . . [Emphasis added.]

150 The statements of the United Nations and the international community lead inexorably to the conclusion that those engaged in trafficking in illicit drugs are responsible, directly or indirectly, for harms that are so widespread and so severe that they undermine the very purposes and principles upon which the United Nations is based. It follows that their actions must be considered “acts contrary to the purposes and principles of the United

miner le terrorisme international qui énonce que les actes, méthodes et pratiques terroristes violent gravement les buts et principes des Nations Unies ajoute qu’ils «peuvent constituer une menace pour la paix et la sécurité internationales, compromettre les relations amicales entre les États, entraver la coopération internationale et viser à l’anéantissement des droits de l’homme, des libertés fondamentales et des bases démocratiques de la société» (art. 2). Les Nations Unies ayant expressément reconnu que le trafic des drogues illicites peut constituer une menace du même ordre, je crois qu’il est raisonnable de conclure que cette activité est également contraire à ses buts et à ses principes.

Cette conclusion est renforcée en outre par la reconnaissance du fait que le trafic des drogues illicites est de plus en plus lié à d’autres agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. L’Organisation des Nations Unies a déclaré que le trafic des drogues illicites est directement et indirectement à l’origine de graves violations des droits de l’homme. Les liens de plus en plus étroits entre ce trafic et le terrorisme international indiquent clairement que les narcodollars servent à financer l’activité terroriste. La communauté internationale l’a récemment reconnu dans la *Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international* en affirmant ce qui suit:

2. Les États Membres de l’Organisation des Nations Unies réaffirment que les actes, méthodes et pratiques terroristes sont contraires aux buts et aux principes des Nations Unies; ils déclarent que sont également contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, pour les personnes qui s’y livrent sciemment, le financement et la planification d’actes de terrorisme et l’incitation à de tels actes . . . [Je souligne.]

Les déclarations des Nations Unies et de la communauté internationale mènent inexorablement à la conclusion que ceux qui se livrent au trafic des drogues illicites sont responsables, directement ou indirectement, de maux d’une ampleur telle et d’une gravité telle qu’ils sapent les buts et les principes mêmes sur lesquels se fondent les Nations Unies. Il s’ensuit que leurs actes doivent être considérés comme des «agissements contraires aux

Nations” and thus come within the exclusion set out in Article 1F(c) of the *Refugee Convention*.

There remains the problem of distinguishing which acts within the broad category of illicit drug trafficking constitute acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. The UN General Assembly has condemned “drug trafficking in all its illicit forms”, including production, processing, marketing and consumption (e.g., GA Res. 41/127, 4 December 1986). However, I believe it is necessary to draw some distinctions based on the type and scale of activities. It is those actually engaged in trafficking who reap most of the profits, cause the greatest harm and therefore bear the greatest responsibility for perpetuating the illicit trade. Those who are merely consumers are often victims themselves and do not bear the same responsibility. The *Illicit Traffic Convention* recognizes this distinction by treating production, processing, distribution and sale differently from possession, purchase or cultivation for personal consumption for the purposes of offences and sanctions (Article 3).

The *Illicit Traffic Convention* also provides some guidance with respect to distinguishing particularly serious trafficking offences. Article 3(5) outlines a number of “factual circumstances which make the commission of the offences established in accordance with paragraph 1 of this article particularly serious”:

- (a) The involvement in the offence of an organized criminal group to which the offender belongs;
- (b) The involvement of the offender in other international organized criminal activities;
- (c) The involvement of the offender in other illegal activities facilitated by commission of the offence;

buts et aux principes des Nations Unies» et ils sont donc visés par l'exclusion prévue à la section Fc) de l'article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés*.

Reste la difficulté de déterminer quels actes, au sein de la catégorie générale du trafic des drogues illicites, constituent des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. L'Assemblée générale des Nations Unies a condamné «tous les aspects du trafic illicite des drogues», y compris la production, la transformation, la commercialisation et la consommation (par exemple, Rés. AG 41/127, 4 décembre 1986). Je crois toutefois qu'il est nécessaire d'établir certaines distinctions en fonction de la nature et de l'ampleur des activités. Ce sont les personnes qui se livrent de fait au trafic de la drogue qui touchent la plus grande partie des profits, causent les dommages les plus importants et donc sont responsables au premier chef de la perpétuation de ce commerce illicite. Les simples consommateurs sont souvent eux-mêmes des victimes et ne sauraient se voir imputer la même responsabilité. La *Convention contre le trafic illicite* reprend cette distinction en traitant la production, la transformation, la distribution et la vente différemment de la détention, de l'achat ou de la culture destinés à la consommation personnelle lorsqu'il s'agit des infractions et des sanctions (art. 3).

La *Convention contre le trafic illicite* contient également certains éléments permettant de discerner des infractions particulièrement graves liées au trafic. Le paragraphe (5) de l'art. 3 énonce un certain nombre de «circonstances factuelles conférant une particulière gravité aux infractions établies conformément au paragraphe 1 du présent article»:

- a) La participation à la commission de l'infraction d'une organisation de malfaiteurs à laquelle l'auteur de l'infraction appartient;
- b) La participation de l'auteur de l'infraction à d'autres activités criminelles organisées internationales;
- c) La participation de l'auteur de l'infraction à d'autres activités illégales facilitées par la commission de l'infraction;

(d) The use of violence or arms by the offender;

(e) The fact that the offender holds a public office and that the offence is connected with the office in question;

(f) The victimization or use of minors;

(g) The fact that the offence is committed in a penal institution or in an educational institution or social service facility or in their immediate vicinity or in other places to which school children and students resort for educational, sports and social activities;

(h) Prior conviction, particularly for similar offences, whether foreign or domestic, to the extent permitted under the domestic law of a Party.

d) L'usage de la violence ou d'armes par l'auteur de l'infraction;

e) Le fait que l'auteur de l'infraction assume une charge publique et que l'infraction est liée à ladite charge;

f) La victimisation ou l'utilisation de mineurs;

g) Le fait que l'infraction a été commise dans un établissement pénitentiaire, dans un établissement d'enseignement, dans un centre de services sociaux ou dans leur voisinage immédiat ou en d'autres lieux où des écoliers et des étudiants se livrent à des activités éducatives, sportives ou sociales;

h) Dans la mesure où le droit interne d'une Partie le permet, les condamnations antérieures, en particulier pour des infractions analogues, dans le pays ou à l'étranger.

153 To this list of factors to be considered, I would add the nature and quantity of the drugs involved. The International Law Commission's draft code that included illicit traffic in narcotics as an international crime (*Draft Articles on the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, Article 25(1)) referred to trafficking on a large scale; of course it will be a question of interpretation in each case whether the trafficking at issue is "on a large scale". The commentary of the International Law Commission on this article distinguishes between "isolated or individual activities of small dealers" and "large-scale, organized operations" (*Report of the International Law Commission on the work of its forty-second session*, UN Doc. A/45/10, in the *Yearbook of the International Law Commission 1990*, vol. II, Part Two, 1, at p. 30).

J'ajouterais à cette liste de facteurs à prendre en considération la nature et la quantité des drogues en cause. Le projet de code de la Commission du droit international qui qualifie le trafic illicite des stupéfiants de crime international (*Projet d'articles du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, par. 25(1)) renvoie au trafic pratiqué sur une vaste échelle. Évidemment, la question de savoir si, dans un cas donné, le trafic est pratiqué sur «une vaste échelle» est une question d'interprétation. Dans le commentaire relatif à cet article, la Commission du droit international établit une distinction entre «des activités isolées ou individuelles de petits revendeurs» et «des opérations bien organisées, d'une grande envergure» (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session*, Doc. NU A/45/10, dans l'*Annuaire de la Commission du droit international 1990*, vol. II, Partie 2, 1, à la p. 30).

154 In this case, the appellant was a participant in an organized group trafficking in heroin. Heroin is thought to be the most harmful of illicit narcotic drugs (*World Drug Report, supra*). Obviously its use and trafficking are a matter of particularly grave concern. At the time the arrests were made, the group with which the appellant was associated held heroin with a street value of approximately \$10 million. This was clearly a major operation, and the appellant was an important participant in

Dans la présente espèce, l'appelant faisait partie d'un groupe organisé se livrant au trafic de l'un des stupéfiants illicites les plus nocifs, l'héroïne (*World Drug Report, op. cit.*). De toute évidence, la consommation et le trafic de cette substance suscitent des inquiétudes particulièrement graves. Au moment des arrestations, le groupe auquel l'appelant était associé avait en sa possession une quantité d'héroïne dont la valeur marchande était d'environ 10 millions de dollars. Il s'agissait mani-

that operation. These facts, in my opinion, clearly indicate the seriousness of the appellant's crime. Therefore, while not every domestic narcotics offence will provide a basis for exclusion under Article 1F(c) of the *Refugee Convention*, this appellant should, as a result of his actions, be excluded. He trafficked on a large scale in the most debilitating of drugs. He abused his status in Canada and jeopardized the lives, health and welfare of many. There is no reason why Canadians should be burdened with his continued presence. He has demonstrated his danger to Canadian society and indeed to the international community. He should not remain in Canada.

(7) Remedies Available Prior to Deportation

During the appeal, concern was expressed that the appellant or another individual excluded by Article 1F could face a risk of torture, execution or other serious human rights violation upon being deported to his country of origin. It was said that no effective remedy was available to prevent his deportation should such a risk exist. It was suggested that the absence of a remedy, would give rise to a serious injustice and would involve Canada in a breach of its legal obligations under various international instruments. In particular, Canada would be failing to meet its obligations under the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Can. T.S. 1987 No. 36, not to expel or return a person to a state where there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to torture (Article 3(1)) and similar obligations in the *Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions* (E/RES/1989/65, 24 May 1989, Article 5) and the *United Nations Declaration on the Protection*

festement d'une opération d'envergure, et l'appellant y jouait un rôle important. Selon moi, ces faits établissent nettement la gravité du crime perpétré par l'appellant. En conséquence, même si toutes les infractions liées aux stupéfiants incriminées par la loi canadienne ne permettraient pas d'invoquer l'exclusion prévue à la section Fc) de l'article premier de la *Convention relative au statut des réfugiés*, les actes commis par l'appellant, eux, devraient justifier son exclusion. L'appellant a pratiqué sur une vaste échelle le trafic de l'une des drogues les plus débilatantes. Il a abusé de son statut au Canada et a mis en danger la vie, la santé et le bien-être de nombreuses personnes. Aucun motif ne justifie que les Canadiens souffrent plus longtemps sa présence. Il a fait la preuve du danger qu'il représente pour la société canadienne, ainsi que pour la communauté internationale. Il ne devrait pas demeurer au Canada.

(7) Recours susceptibles d'être exercés avant l'expulsion

Pendant l'audition du pourvoi, on a dit craindre que l'appellant, ou toute autre personne exclue en application de la section F de l'article premier, ne soit exposé à la torture ou ne risque l'exécution ou d'autres violations graves des droits de la personne s'il est expulsé vers son pays d'origine. On a affirmé qu'aucun recours efficace ne pouvait être exercé pour empêcher l'expulsion si l'appellant était exposé à un tel risque. On a laissé entendre que l'absence de tout recours causerait une grave injustice et emporterait la violation, par le Canada, de ses obligations juridiques aux termes de divers instruments internationaux. Plus particulièrement, le Canada manquerait à l'obligation qu'il a contractée aux termes de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, R.T. Can. 1987 n° 36, de ne pas expulser une personne vers un autre État lorsqu'il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture (par. 3(1)), ainsi qu'à des obligations semblables prévues par les *Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions* (E/RES/1989/65, 24 mai 1989, art. 5) et la *Déclaration sur la protection de toutes les per-*

of *All Persons from Enforced Disappearance*, Article 8.

sonnes contre les disparitions forcées des Nations Unies, art. 8.

156 Although these issues are a valid cause for serious concern, they do not directly arise in this appeal. It was suggested to the Court that these concerns could be dealt with by adopting a “balancing” approach to the exclusion clauses in Article 1F. Such an approach would not be appropriate in light of the nature and wording of that article.

Bien que ces questions suscitent à juste titre de vives inquiétudes, elles ne font pas directement l’objet du présent pourvoi. On a soutenu que notre Cour pourrait en tenir compte en adoptant une méthode dite de «pondération» pour interpréter l’exclusion prévue à la section F de l’article premier. Le recours à une telle méthode ne serait pas approprié en l’espèce vu la nature et le libellé de cette disposition.

157 In the context of the present appeal, it is neither necessary nor desirable to examine in detail the remedies that are presently available to an individual facing deportation nor to suggest the particular form that such a remedy should take. However, it would be unthinkable if there were not a fair hearing before an impartial arbiter to determine whether there are “substantial grounds for believing” that the individual to be deported would face a risk of torture, arbitrary execution, disappearance or other such serious violation of human rights. In light of the grave consequences of deportation in such a case, there must be an opportunity for a hearing before the individual is deported, and the hearing must comply with all of the principles of natural justice. As well, the individual in question ought to be entitled to have the decision reviewed to ensure that it did indeed comply with those principles. These protections should be available whether or not the individual is excluded from claiming status as a refugee, to avoid unacceptably harsh consequences arising from the exclusion.

Dans le cadre du présent pourvoi, il n’est ni nécessaire ni souhaitable d’examiner en détail les recours que peut actuellement exercer la personne susceptible d’être expulsée ni de suggérer quelle forme devrait prendre un tel recours. Cependant, il serait impensable qu’une audience équitable n’ait pas lieu devant un arbitre impartial pour déterminer s’il y a des «motifs sérieux de croire» que la personne visée par la mesure d’expulsion risque la torture, l’exécution arbitraire, la disparition ou une autre violation grave des droits de la personne. Vu la gravité des conséquences de l’expulsion dans un tel cas, l’intéressé doit avoir l’occasion d’être entendu avant son expulsion, et l’audience doit être tenue conformément aux principes de la justice naturelle. De même, l’intéressé a droit au contrôle judiciaire de la décision rendue pour s’assurer qu’elle est bien conforme à ces principes. Ces garanties devraient s’appliquer que l’intéressé soit exclu du statut de réfugié ou non, afin d’éviter que l’exclusion n’ait des conséquences sévères inadmissibles.

III. Conclusion

III. Conclusion

158 In the result I would dismiss the appeal.

En définitive, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Appeal allowed, CORY and MAJOR JJ. dissenting.

Pourvoi accueilli, les juges CORY et MAJOR sont dissidents.

Solicitors for the appellant: Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs de l’appelant: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Toronto.

Procureur de l’intimé: George Thomson, Toronto.

*Solicitor for the intervener: David Matas,
Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant: David Matas,
Winnipeg.*

**M & D Farm Limited, Marcel Robert
Desrochers and Darlene Erma
Desrochers** *Applicants*

v.

**Manitoba Agricultural Credit
Corporation** *Respondent*

INDEXED AS: M & D FARM LTD. v. MANITOBA
AGRICULTURAL CREDIT CORP.

File No.: 26215.

1998: April 29.*

Present: Binnie J.

APPLICATION FOR A STAY OF PROCEEDINGS

Appeal — Supreme Court of Canada — Stay of proceedings — Crown agent — Manitoba agricultural credit corporation holding mortgage on farm land — Court of Appeal judgment ordering that land be vested in corporation's name — Supreme Court ordering corporation to refrain from selling land pending disposition of appeal — Corporation as Crown agent subject to stay even if relief granted can be characterized as an injunction — Manitoba legislation which bars grant of injunctive relief against Crown not constitutionally controlling what relief may be granted by Supreme Court under its Act — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

Cases Cited

Applied: *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311.

Statutes and Regulations Cited

Proceedings Against the Crown Act, R.S.M. 1987, c. P140.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1 [en. 1990, c. 8, s. 40; repl. 1994, c. 44, s. 101].

**M & D Farm Limited, Marcel Robert
Desrochers et Darlene Erma
Desrochers** *Requérants*

c.

**Société du crédit agricole du
Manitoba** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: M & D FARM LTD. c. SOCIÉTÉ DU CRÉDIT
AGRICOLE DU MANITOBA

N° du greffe: 26215.

1998: 29 avril*.

Présent: Le juge Binnie.

DEMANDE DE SUSPENSION DES PROCÉDURES

Appel — Cour suprême du Canada — Suspension des procédures — Représentant de la Couronne — Société du crédit agricole du Manitoba titulaire d'une hypothèque grevant un bien-fonds agricole — Jugement de la Cour d'appel ordonnant la dévolution du bien-fonds au nom de la Société — Ordonnance de la Cour suprême intimant à la Société de ne pas vendre le bien-fonds avant l'issue de l'appel — Société assujettie à la suspension en tant que représentant de la Couronne même si le redressement peut être qualifié d'injonction — Législation manitobaine interdisant les injonctions contre la Couronne ne peut pour des raisons constitutionnelles régir les redressements pouvant être accordés par la Cour suprême en vertu de sa loi habilitante — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1 [ad. 1990, ch. 8, art. 40; rempl. 1994, ch. 44, art. 101].
Loi sur les procédures contre la Couronne, L.R.M. 1987, ch. P140.

*Revised May 25, 1998.

*Révisée le 25 mai 1998.

APPLICATIONS for a stay of proceedings and for the abridgement of time periods. Applications granted.

Alain J. Hogue, for the applicants.

John A. Myers, for the respondent.

The following is the order delivered by

BINNIE J. — This is an application by M & D Farm Limited, Marcel Robert Desrochers and Darlene Erma Desrochers for an order that any further proceedings, including the disposition of a Manitoba farm legally described as:

The North East Quarter of Section Twenty-seven, in Township Three and Range Thirteen, West of the Principal Meridian, in Manitoba;

be stayed “in relation to” a judgment of the Manitoba Court of Appeal pronounced July 10, 1997 (reasons for judgment published at (1997), 118 Man. R. (2d) 174) until such time as this Court has rendered a decision in this appeal. The applicants also request the abridgement of time periods.

By order dated February 12, 1998, leave was granted to the applicants to appeal to this Court the said judgment of the Manitoba Court of Appeal. The formal notice of appeal was filed March 6, 1998.

Prior to the granting of leave to appeal, the applicants applied to this Court for a stay of proceedings, which was dismissed on October 16, 1997. Major J. observed that s. 65.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, authorizes the judge of a provincial appellate court to order a stay of proceedings “with respect to the judgment from which leave to appeal is being sought” (emphasis added). However, when the issue came before Twaddle J.A. of the Manitoba Court of Appeal on March 23, 1998, he held that

DEMANDES de suspension des procédures et d’abrégement des délais. Demandes accordées.

Alain J. Hogue, pour les requérants.

John A. Myers, pour l’intimée.

Version française de l’ordonnance rendue par

LE JUGE BINNIE — Il s’agit d’une demande présentée par M & D Farm Limited, Marcel Robert Desrochers et Darlene Erma Desrochers en vue d’obtenir une ordonnance intimant de surseoir, jusqu’à ce que notre Cour ait statué sur le pourvoi, à toute mesure «relative au» jugement prononcé par la Cour d’appel du Manitoba le 10 juillet 1997 (motifs de jugement publiés à (1997), 118 Man. R. (2d) 174), y compris l’aliénation d’une exploitation agricole située au Manitoba et dont la description légale est la suivante:

[TRADUCTION] Le quart nord-est de la section vingt-sept, dans le township trois, rang treize, à l’ouest du méridien principal, au Manitoba;

Les requérants sollicitent également l’abrégement des délais.

Dans une ordonnance datée du 12 février 1998, les requérants ont obtenu l’autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre le jugement de la Cour d’appel du Manitoba. L’avis d’appel formel a été déposé le 6 mars 1998.

Avant d’obtenir l’autorisation de se pourvoir, les requérants ont présenté à notre Cour une demande de sursis d’exécution qui a été rejetée le 16 octobre 1997. Le juge Major a alors souligné que l’art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, autorise le juge d’une cour d’appel provinciale à ordonner «le sursis d’exécution du jugement objet de la demande [d’autorisation d’appel]» (je souligne). Lorsqu’il a entendu, l’affaire le 23 mars 1998, le juge Twaddle de la Cour d’appel du Manitoba a statué que, comme l’autori-

1

2

3

leave having by that time been granted by this Court he no longer had jurisdiction to grant the relief requested. Accordingly, without considering the merits of the application, Twaddle J.A. dismissed the application with costs: [1998] M.J. No. 191 (QL). The applicants thus find themselves back in this Court.

4 The respondent takes the position that as a Crown agent it is not subject to the requested stay because of the bar to the grant of injunctive relief against the Crown in right of Manitoba contained in *The Proceedings Against the Crown Act*, R.S.M. 1987, c. P140. Apart from anything else, this objection fails on constitutional grounds. Assuming the requested interim relief could be characterized as an injunction, and even if *The Proceedings Against the Crown Act* were otherwise considered applicable, it would still not be open to provincial legislation to control what relief may or may not be granted by this Court pursuant to the *Supreme Court Act* and Rules thereunder.

5 Section 65.1 of the *Supreme Court Act* confers a very broad jurisdiction in respect of interim relief on the Court, or a judge thereof. In *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, it was held, at p. 329, by Sopinka and Cory JJ. on behalf of the Court as follows:

We are of the view that the Court is empowered, pursuant to both s. 65.1 and r. 27, not only to grant a stay of execution and of proceedings in the traditional sense, but also to make any order that preserves matters between the parties in a state that will prevent prejudice as far as possible pending resolution by the Court of the controversy, so as to enable the Court to render a meaningful and effective judgment. The Court must be able to intervene not only against the direct dictates of the judgment but also against its effects. This means that the Court must have jurisdiction to enjoin conduct on the part of a party in reliance on the judgment which, if carried out, would tend to negate or diminish the effect of the judgment of this Court.

sation de pourvoi avait été accordée par notre Cour, il n'avait plus compétence pour accorder le redressement demandé. En conséquence, sans examiner le fond de la demande, le juge Twaddle l'a rejetée avec dépens: [1998] M.J. No. 191 (QL). En conséquence, les requérants sont de nouveau devant notre Cour.

L'intimée est d'avis que, en tant que représentante de la Couronne, elle ne peut faire l'objet du sursis d'exécution demandé étant donné que la *Loi sur les procédures contre la Couronne*, L.R.M. 1987, ch. P140, interdit le prononcé d'injonctions contre Sa Majesté du chef du Manitoba. Indépendamment de toute autre raison, cette objection doit être rejetée pour des motifs d'ordre constitutionnel. À supposer que le redressement provisoire demandé puisse être qualifié d'injonction, et même si la *Loi sur les procédures contre la Couronne* était par ailleurs jugée applicable, il demeurerait néanmoins impossible de régir, dans une loi provinciale, les redressements qui peuvent ou non être accordés par notre Cour en vertu de la *Loi sur la Cour suprême* et des Règles prises en vertu de celle-ci.

L'article 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême* confère de très larges pouvoirs en matière de redressements provisoires à la Cour et à ses juges. Dans *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, les juges Sopinka et Cory ont conclu ainsi, au nom de la Cour, aux pp. 329 et 330:

Nous sommes d'avis que la Cour est habilitée, tant en vertu de l'art. 65.1 que de l'art. 27, non seulement à accorder un sursis d'exécution et une suspension d'instance dans le sens traditionnel, mais aussi à rendre toute ordonnance visant à maintenir les parties dans une situation qui, dans la mesure du possible, ne sera pas cause de préjudice en attendant le règlement du différend par la Cour, de façon que cette dernière puisse rendre une décision qui ne sera pas dénuée de sens et d'efficacité. Notre Cour doit être en mesure d'intervenir non seulement à l'égard des termes mêmes du jugement, mais aussi à l'égard de ses effets. Cela signifie que notre Cour doit posséder la compétence d'interdire à une partie d'accomplir tout acte fondé sur le jugement, qui, s'il était accompli, tendrait à annuler ou à diminuer l'effet de la décision de notre Cour.

As pointed out by Twaddle J.A., the judgment of the Manitoba Court of Appeal in issue did not direct the sale or delivery of property: it vested the property in the respondent. As he states (at paras. 11 and 12):

By filing the judgment in the appropriate Land Titles Office, the respondent fully executed the judgment in its favour. If it sells the property, it does so pursuant to its title; not pursuant to a court order.

What the applicants need is not a stay of either execution or proceedings, but an injunction enjoining the respondent from exercising its right to dispose of the land in question prior to the delivery of judgment by the Supreme Court.

In my view, s. 65.1 is a sufficient foundation for the interim relief requested.

This appeal involves the title to farm property. It is clear from the supporting material that sale of the property by the Manitoba Agricultural Credit Corporation would put beyond reach the property which is the subject matter of the appeal. The order of Clearwater J. dated March 20, 1997 vested the land in the name of the applicant, M & D Farm Limited. Subsequently, by judgment dated July 10, 1997, the Manitoba Court of Appeal allowed the appeal and the land in issue was ordered to vest in the name of the respondent. Accordingly, if the appeal is granted, and the order of Clearwater J. dated March 20, 1997 is restored, alienation of the property by the respondent at this stage would “tend to negate or diminish the effect of the judgment of this Court” within the meaning of *RJR — MacDonald, supra*. Were the respondent to dispose of the property, this Court would not thereafter be in a position to restore the *status quo ante*. The order should go as asked.

THEREFORE, UPON APPLICATION by the applicants, M & D Farm Limited, Marcel Robert Desrochers and Darlene Erma Desrochers, for an

6
Comme l’a souligné le juge Twaddle, le jugement en litige de la Cour d’appel du Manitoba n’a ordonné ni la vente ni la remise du bien-fonds: il a plutôt déclaré que le bien-fonds était dévolu à l’intimée. Comme a dit le juge Twaddle (aux par. 11 et 12):

[TRADUCTION] En déposant le jugement au bureau des titres de biens-fonds compétent, l’intimée a pleinement exécuté le jugement en sa faveur. Si elle vend le bien-fonds, elle le fait en vertu de son titre de propriété, et non en vertu d’une ordonnance judiciaire.

Ce dont les requérants ont besoin, ce n’est ni un sursis d’exécution ni une suspension des procédures, mais plutôt une injonction interdisant à l’intimée d’exercer son droit d’aliéner le bien-fonds en cause avant que la Cour suprême ait rendu son jugement.

7
À mon avis, l’art. 65.1 est un fondement suffisant pour accorder le redressement provisoire demandé.

8
Le pourvoi porte sur le titre de propriété d’un bien agricole. Il ressort clairement des documents présentés au soutien de la demande que, si la Société du crédit agricole du Manitoba vendait le bien agricole en litige dans le pourvoi, celui-ci deviendrait alors hors de portée. Dans une ordonnance datée du 20 mars 1997, le juge Clearwater a déclaré que le bien-fonds était dévolu à la requérante M & D Farm Limited. Par la suite, dans un arrêt daté du 10 juillet 1997, la Cour d’appel du Manitoba a accueilli l’appel et statué que le bien-fonds appartenait à l’intimée. En conséquence, si le pourvoi est accueilli et si l’ordonnance prononcée le 20 mars 1997 par le juge Clearwater est rétablie, l’aliénation du bien-fonds par l’intimée à ce stade-ci «tendrait à annuler ou à diminuer l’effet de la décision de notre Cour», au sens de l’arrêt *RJR — MacDonald, précité*. Si l’intimée aliénait le bien-fonds, notre Cour ne pourrait rétablir le *status quo ante*. L’ordonnance doit être accordée telle qu’elle a été demandée.

9
EN CONSÉQUENCE, VU LA DEMANDE présentée par les requérants, M & D Farm Limited, Marcel Robert Desrochers et Darlene Erma Desrochers en vue d’obtenir une ordonnance intimant de surseoir, jusqu’à ce que notre Cour ait statué sur le pourvoi,

order that any further proceedings, including the disposition of the land legally described as:

The North East Quarter of Section Twenty-seven, in Township Three and Range Thirteen, West of the Principal Meridian, in Manitoba;

be stayed in relation to a judgment of the Manitoba Court of Appeal pronounced July 10, 1997 until this Honourable Court has rendered a decision on the appeal; and for an order abridging the time period for filing and serving the notice of motion and the respondent's time for filing material in response, or for such other order as may seem just;

AND UPON reading the material filed in support of the motion and the material filed in opposition to the motion;

10 IT IS HEREBY ORDERED THAT:

1. The abridgement of time periods is granted as requested.
2. Pending the disposition by this Court of the appeal herein or until this Court should otherwise order, the respondent be and it is hereby restrained from taking any further proceedings to sell or otherwise dispose of the land legally described as:

The North East Quarter of Section Twenty-seven, in Township Three and Range Thirteen, West of the Principal Meridian, in Manitoba;

3. The applicants are to have their costs of this motion.

Applications granted with costs.

Solicitors for the applicants: Alain J. Hogue & Associates, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: D'Arcy & Deacon, Winnipeg.

à toute mesure relative au jugement prononcé par la Cour d'appel du Manitoba le 10 juillet 1997, y compris l'aliénation du bien-fonds dont la description légale est la suivante:

[TRADUCTION] Le quart nord-est de la section vingt-sept, dans le township trois, rang treize, à l'ouest du méridien principal, au Manitoba;

ainsi qu'une ordonnance abrégant le délai dans lequel l'avis de requête peut être déposé et signifié et le délai dans lequel l'intimée peut déposer des documents en réponse, ou toute autre ordonnance que la Cour jugera appropriée;

ET APRÈS avoir lu les documents déposés au soutien de la requête et ceux déposés en opposition à celle-ci;

IL EST ORDONNÉ CE QUI SUIT:

1. l'abrégement des délais demandé est accordé;
2. tant que notre Cour n'aura pas statué sur le pourvoi ou rendu d'ordonnance à l'effet contraire, il est interdit à l'intimée de prendre toute autre mesure en vue de vendre ou d'aliéner de quelque autre façon le bien-fonds dont la description légale est la suivante:

[TRADUCTION] Le quart nord-est de la section vingt-sept, dans le township trois, rang treize, à l'ouest méridien principal, au Manitoba;

3. les dépens de la présente requête sont adjugés aux requérants.

Demandes accordées avec dépens.

Procureurs des requérants: Alain J. Hogue & Associates, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: D'Arcy & Deacon, Winnipeg.

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

03159442

OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to

Public Works and Government

Services Canada -- Publishing

45 Sacré Cœur Boulevard,

Hull, Québec, Canada K1A 0S9

En cas de non livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à

Travaux publics et Services

gouvernementaux Canada - Édition

45 boulevard Sacre-Cœur,

Hull, Québec, Canada K1A 0S9



If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada -- Publishing
45 Sacré Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada -- Édition
45 boulevard Sacre-Cœur,
Hull, Québec, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 7, 1998 Vol. 1

and Tables

Cited as [1998] 1 S.C.R. { i-iv
1079-1239

7^e cahier, 1998 Vol. 1

et Tables

Renvoi [1998] 1 R.C.S. { i-iv
1079-1239

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1998.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges	ii
Errata.....	iv
Motions	v
Table of Judgments	xvii
Table of Cases Cited	xxv
Statutes and Regulations Cited.....	xli
Authors Cited	xlvi
Index	1225

**Battlefords and District Co-operatives Ltd. v.
RWDSU, Local 544** 1118

Labour law — Collective agreement — Judicial review —
Reduction of hours of work — Whether reduction of hours of
work constituted a layoff — Whether arbitration board deci-

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1998.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements	xxi
Table de la jurisprudence.....	xxv
Lois et règlements cités	xliiii
Doctrine citée	xlvi
Index	1233

**Battlefords and District Co-operatives Ltd. c.
SDGMR, section locale 544.....** 1118

Droit du travail — Convention collective — Contrôle judi-
ciaire — Réduction des heures de travail — La réduction des
heures de travail constituait-elle une mise à pied? — La déci-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

sion finding breach of collective agreement patently unreasonable.

Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454..... 1079

Labour relations — Constructive layoff — Scheduled hours of work reduced — Actual hours worked not substantially reduced owing to call-in work — Whether a constructive lay-off occurred.

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) 1222

Judgments and orders — Rehearing — Reasons for judgment and order amended.

R. v. Daigle 1220

Criminal law — Sexual assault — Consent — Victim under effect of drugs consumed unknowingly at time of assault — Trial judge erroneously finding that victim gave valid consent — Defence of honest but mistaken belief in consent inapplicable since accused had not taken reasonable steps to ascertain that victim was consenting.

R. v. Gellvear 1218

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Accused appealing to Supreme Court of Canada on basis of dissent in Court of Appeal — Factum not dealing with issue of law raised by dissenting judge — Appeal dismissed.

R. v. Puskas (application) 1207

Courts — Procedure — Appeal as of right — Procedure giving rise to appeal as of right existing before appeal as of right abolished — Conditions precedent to appeal as of right met only after appeal as of right abolished — Whether appeals should be quashed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(2).

R. v. Williams 1128

Criminal law — Trial — Procedure — Challenge for cause — Racial bias — Whether prospective jurors can be questioned as to racial bias — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 638, 649 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 15(1).

Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)..... 1161

Indians — Taxation — Reserves — Indian Act exempting goods on-reserve from taxation — Whether goods purchased off-reserve for use on-reserve subject to provincial sales tax — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 87 — Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10, ss. 1 “consumer”, “purchaser”, “retail sale”, 4, 5, 8, 16.

SOMMAIRE (Suite)

sion dans laquelle le conseil d'arbitrage a conclu à une violation de la convention collective est-elle manifestement déraisonnable?

Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454 1079

Relations de travail — Mise à pied déguisée — Réduction des heures normales de travail — Les heures réelles de travail n'ont pas été réduites de façon substantielle en raison des rappels au travail — Y a-t-il eu mise à pied déguisée?

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) 1222

Jugements et ordonnances — Nouvelle audition — Motifs de jugement et ordonnances modifiés.

R. c. Daigle 1220

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Victime sous l'effet de stupéfiants absorbés à son insu lors de l'agression — Juge du procès concluant erronément que la victime a donné un consentement valable — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement inapplicable puisque l'accusé n'avait pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la victime.

R. c. Gellvear 1218

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Appel de l'accusé à la Cour suprême du Canada fondé sur une dissidence en Cour d'appel — Question de droit soulevée par le juge dissident non examinée dans le mémoire de l'accusé — Pourvoi rejeté.

R. c. Puskas (requête) 1207

Tribunaux — Procédure — Appel de plein droit — Procédure ayant donné lieu à l'appel de plein droit déjà engagée avant l'abolition de l'appel de plein droit — Conditions préalables à l'appel de plein droit réunies uniquement après l'abolition de l'appel de plein droit — Les appels doivent-ils être annulés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(2).

R. c. Williams 1128

Droit criminel — Procès — Procédure — Récusation motivée — Préjugés raciaux — Peut-on interroger des candidats jurés afin de vérifier s'ils ont des préjugés raciaux? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 638, 649 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d), 15(1).

Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances) 1161

Indiens — Taxation — Réserves — Biens dans la réserve exemptés de taxe par la Loi sur les Indiens — Les biens achetés à l'extérieur de la réserve en vue d'une utilisation dans

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

la réserve sont-ils soumis à la taxe sur les ventes provinciale?
— Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 87 — Loi sur
la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B.
1973, ch. S-10, art. 1 «consommateur», «acheteur», «vente au
détail», 4, 5, 8, 16.



1998 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Director, Law Reports
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Christian C.-Després
Marcelle Gendron

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Suzanne Audet
Peter O'Doherty
Claudine Guenette

Office Manager
Suzanne Giguère

Editorial Assistant
Ingrid Loyola-Nazareth

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Directrice, Recueil
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Christian C.-Després
Marcelle Gendron

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Suzanne Audet
Peter O'Doherty
Claudine Guenette

Chef de bureau
Suzanne Giguère

Adjointe à l'édition
Ingrid Loyola-Nazareth

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

On the 8th day of January 1998, WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE, one of Her Majesty Counsel, learned in the law, was appointed Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

Le 8 janvier 1998, WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE, un des conseillers juridiques de Sa Majesté, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

- [1997] 3 S.C.R. p. 847, second paragraph, line 21 of the English version. Read "International Covenant" instead of "International Convenant".
- [1997] 3 S.C.R. p. 853, in the section Statutes and Regulations Cited. Read "International Covenant" instead of "International Convenant".
- [1997] 3 S.C.R. p. 895, para. 69, line 4 of the English version. Read "International Covenant" instead of "International Convenant".
- [1998] 1 S.C.R. p. 156, in heading III of the French version. Read "L'historique procédural" instead of "L'historique procédurale".
- [1998] 1 S.C.R. p. 187, in heading III of the French version. Read "L'historique procédural" instead of "L'historique procédurale".
- [1998] 1 S.C.R. p. 201, in heading III of the French version. Read "L'historique procédural" instead of "L'historique procédurale".
- [1997] 3 R.C.S. p. 847, deuxième paragraphe, ligne 21 de la version anglaise. Lire «International Covenant» au lieu de «International Convenant».
- [1997] 3 R.C.S. p. 853, dans la partie Statutes and Regulations Cited. Lire «International Covenant» au lieu de «International Convenant».
- [1997] 3 R.C.S. p. 895, par. 69, ligne 4 de la version anglaise. Lire «International Covenant» au lieu de «International Convenant».
- [1998] 1 R.C.S. p. 156, à la rubrique III de la version française. Lire «L'historique procédural» au lieu de «L'historique procédurale».
- [1998] 1 R.C.S. p. 187, à la rubrique III de la version française. Lire «L'historique procédural» au lieu de «L'historique procédurale».
- [1998] 1 R.C.S. p. 201, à la rubrique III de la version française. Lire «L'historique procédural» au lieu de «L'historique procédurale».

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to June 30 1998 — 1^{er} janvier au 30 juin 1998)

- 2550-9613 *Québec Inc. c. Ville de Val D'Or* (Qué.), 26176, leave to appeal refused with costs, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 412316 *Alberta Ltd. v. Ernst & Young Inc.* (Alta.), 26429, leave to appeal refused with costs, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 449136 *Ontario Inc. v. Clarke* (Ont.), 26297, leave to appeal refused with costs, 26.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 478649 *Ontario Ltd. v. Corcoran* (Ont.), 26458, leave to appeal refused with costs, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 705076 *Ontario Ltd. v. Regional Assessment Commissioner, Region No. 23* (Ont.), 26121, leave to appeal refused, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée; leave to cross-appeal is dismissed, 23.4.98, demande d'appel-incident est rejetée.
- 2903113 *Canada Inc. c. Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec* (Qué.), 26256, leave to appeal refused with costs, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A.M.G. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26383, leave to appeal refused, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- A & L Investments Ltd. v. The Queen in right of the Province of Ontario* (Ont.), 26395, leave to appeal refused with costs, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Abbott Laboratories, Ltd. v. Apotex Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 26424, leave to appeal refused, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Abrahams v. Scott* (B.C.), 26224, leave to appeal refused with costs, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Adbusters Media Foundation v. Canadian Broadcasting Corporation* (B.C.), 26369, leave to appeal refused with costs, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Air Line Pilots Association v. Canadian Airlines International Ltd.* (B.C.), 26221, leave to appeal refused with costs, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Allard v. Corporation of the District of Maple Ridge* (B.C.), 26467, leave to appeal refused with costs, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Arsenault v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26311, leave to appeal refused, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Assurance-Vie Desjardins c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 26382, leave to appeal refused with costs, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Athwal v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.)(B.C.), 26294, leave to appeal refused with costs, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Aytel Property Management Inc. v. Regional Assessment Commissioner, Region No. 23* (Ont.), 26121, leave to appeal refused, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée; leave to cross-appeal is dismissed, 23.4.98, demande d'appel-incident est rejetée.

- Bal v. Attorney General for Ontario* (Ont.), 26116, leave to appeal refused with costs, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barrons v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 26486, leave to appeal refused with costs, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bartels v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26482, leave to appeal refused, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Bastings-Allard c. Bastings* (Qué.), 26079, leave to appeal refused with costs, 8.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bazgan v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26457, leave to appeal refused, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Beaulac v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26416, leave to appeal granted, 7.5.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Bergeron (Roland) c. Corps canadien des Commissionnaires* (Qué.), 26365, leave to appeal refused with costs, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bergeron (Roland) c. Union des agents de sécurité du Québec, Métallurgistes Unis d'Amérique, local 8922* (Qué.), 26364, leave to appeal refused with costs, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Best v. Best* (Ont.), 26345, leave to appeal granted, 19.3.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Betker v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26026, leave to appeal refused, 26.2.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Blanchard c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26268, leave to appeal refused, 22.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Board of School Trustees of School District No. 46 (Sunshine Coast) v. Sunshine Coast Teachers' Association* (B.C.), 26204, leave to appeal refused with costs, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boffo v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26526, leave to appeal refused, 18.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Bradley v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 26308, leave to appeal refused with costs, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brigis v. St. Lawrence Seaway Authority* (Ont.), 26427, leave to appeal refused with costs, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- British Columbia Government and Service Employees' Union v. Government of the Province of British Columbia* (B.C.), 26274, leave to appeal granted, 12.2.98, autorisation de pourvoi accordée.
- British Columbia Hydro and Power Authority v. N.D. Lea & Associates Ltd.* (B.C.), 26479, leave to appeal refused with costs, 18.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brohman v. Jonkman* (Ont.), 26367, leave to appeal refused with costs, 26.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brouillette c. Société d'agriculture du Comté de Verchères* (Qué.), 25791, leave to appeal refused, 26.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Brown v. Royal Bank of Canada* (Alta.), 26283, leave to appeal refused with costs, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cain v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26132, leave to appeal refused, 8.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Calvert v. Calvert* (Ont.), 26497, leave to appeal refused with costs, 7.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canada Post Corporation v. Canadian Union of Postal Workers* (Ont.), 26357, leave to appeal refused with costs, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Imperial Bank of Commerce v. Sovereign Life Insurance Co.* (B.C.), 26181, leave to appeal refused, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Mobile Sign Association v. Corporation of the City of Burlington* (Ont.), 26277, leave to appeal refused, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Pacific Ltd. v. Director of Investigation and Research* (Ont.), 26317, leave to appeal granted, 12.2.98, autorisation de pourvoi accordée.

- Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (F.C.A.)(B.C.), 26363, leave to appeal refused with costs, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission v. Pearson* (Alta.), 26286, leave to appeal granted, 12.2.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Canadian Standards Association v. Campbell* (B.C.), 26433, leave to appeal refused with costs, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Caplan v. Minister of Human Resources Development* (F.C.A.)(N.S.), 26381, leave to appeal refused with costs, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cazzetta c. États-Unis d'Amérique* (Crim.)(Qué.), 26326, leave to appeal refused, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Chapman v. Webster* (Man.), 26468, leave to appeal refused, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Cheema v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26302, leave to appeal refused, 26.2.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Cheung v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26327, leave to appeal refused, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Chiselita v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26471, leave to appeal refused, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Christian v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26428, leave to appeal refused, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Church of Scientology of Toronto v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26177, leave to appeal refused, 9.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Citizen's Legal Challenge Inc. v. Attorney General of Ontario* (Ont.), 26385, leave to appeal refused, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- City of Calgary v. Costello* (Alta.), 26293, leave to appeal refused with costs, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- City of Surrey v. McIntosh Estates Ltd.* (B.C.), 26266, leave to appeal refused with costs, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cloutier c. Automobiles Cloginor Inc.* (Qué.), 26253, leave to appeal refused with costs, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Colas c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26269, leave to appeal refused, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Comité paritaire de l'industrie de l'automobile de la Mauricie c. Gestion Jean-Guy Roy Inc.* (Qué.), 26227, leave to appeal refused with costs, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Caron, Belanger, Ernst & Young Inc.* (Qué.), 26192, leave to appeal refused with costs, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission scolaire des patriotes c. Syndicat du personnel de soutien de la Commission scolaire des patriotes* (Qué.), 26495, leave to appeal refused with costs, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission scolaire Kativik c. Lachapelle* (Qué.), 26390, leave to appeal refused with costs, 21.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Coombe v. Constitution Insurance Co. of Canada* (Ont.), 26348, leave to appeal refused with costs, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Co-operators General Insurance Co. v. Bapoo* (Ont.), 26466, leave to appeal refused with costs, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Co-operators General Insurance Co. v. Canada Trustco Mortgage Co.* (N.S.), 26445, leave to appeal refused with costs, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Co-operators General Insurance Co. v. Melanson* (N.B.), 26271, leave to appeal refused, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Corporation of the Town of Wasaga Beach v. Bay Colony Ltd.* (Ont.), 26102, leave to appeal refused with costs, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Cousins v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 26276, leave to appeal refused, 8.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Couture (Marcel) v. Lamontagne* (Sask.), 26419, leave to appeal refused with costs, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D.E. c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26399, leave to appeal refused, 7.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- D'Agostino v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26455, leave to appeal refused, 18.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Dang v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26285, leave to appeal refused, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Darrach v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26564, leave to appeal granted, 4.6.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Deblois c. Tremblay* (Qué.), 26604, notice of discontinuance filed, 29.6.98, avis de désistement produit.
- Deloitte & Touche Inc. v. The Queen in right of Canada* (Sask.), 26413, leave to appeal refused with costs, 9.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deposit Insurance Corporation of Ontario v. Nesbitt, Burns Ltd.* (Ont.), 26422, leave to appeal granted, 7.5.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Deschamps c. Procureur général du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 26154, leave to appeal refused with costs, 8.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deschamps Pontiac Buick Ltée c. Monette* (Qué.), 26379, leave to appeal refused with costs, 21.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deslauriers (Claude) c. Ordre des arpenteurs-géomètres du Québec* (Qué.), 26301, leave to appeal refused with costs, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dicaire c. Commission de l'assurance-emploi Canada* (C.A.F.)(Qué.), 26225, leave to appeal refused, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Dixon v. Governor in Council* (F.C.A.)(B.C.), 26234, leave to appeal refused with costs, 8.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dnistransky (Daryl) v. Horner* (Man.), 26432, leave to appeal refused with costs, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dnistransky (Gary) v. Horner* (Man.), 26432, leave to appeal refused with costs, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Doherty v. Doherty* (N.B.), 26411, leave to appeal refused with costs, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Donnelly v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 26371, leave to appeal refused with costs, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dow v. United States of America* (Crim.)(B.C.), 26359, leave to appeal refused, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Dubois c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26252, leave to appeal refused, 26.2.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Easton v. The Queen* (Ont.), 26353, leave to appeal refused with costs, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 26259, leave to appeal refused with costs, 8.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Evans v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26351, leave to appeal refused, 18.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal* (Qué.), 26163, leave to appeal refused with costs, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Federation of Women Teachers' Associations of Ontario v. Ontario Human Rights Commission* (Ont.), 26431, notice of discontinuance filed, 8.5.98, avis de désistement produit.
- Ferland v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26478, leave to appeal refused, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée.

- Feuerwerker v. Roodman* (Ont.), 26374, leave to appeal refused with costs, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fingold v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 26335, leave to appeal refused with costs, 26.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Forrayi v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 26343, leave to appeal refused, 28.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Foster v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 25058, leave to appeal refused, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Francoeur c. Ménard* (Qué.), 26222, leave to appeal refused with costs, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fras v. Jurkojc* (Ont.), 26284, leave to appeal refused with costs, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Can-Dive Services Ltd.* (B.C.), 26415, leave to appeal granted, 4.6.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Freeman v. The Queen* (Ont.), 26353, leave to appeal refused with costs, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- French v. Chapman* (Ont.), 26368, leave to appeal refused with costs, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Friday v. Bear Island Foundation* (Ont.), 26460, leave to appeal refused with costs, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fritz v. Pimm Investments Ltd.* (Ont.), 26349, leave to appeal refused with costs, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gauthier (Mark Anthony) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26255, leave to appeal refused, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Gerling Globale compagnie d'assurances générales c. Coopérative d'habitation La Frontalière* (Qué.), 26331, leave to appeal refused with costs, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gerling Globale compagnie d'assurances générales c. Services d'hypothèques Canada-Vie Ltée* (Qué.), 26330, leave to appeal refused with costs, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Girimonte v. The Queen* (Ont.), 26126, notice of discontinuance filed, 27.2.98, avis de désistement produit.
- Gladue v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26300, leave to appeal granted, 19.3.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Golub v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26298, leave to appeal refused, 4.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Gray v. The Queen in right of the Province of Ontario* (Ont.), 26410, leave to appeal refused with costs, 16.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Grochocki v. Solicitor General of Canada* (F.C.A.)(Man.), 26239, leave to appeal refused, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Guardian Insurance Co. of Canada v. Miller* (Alta.), 26214, leave to appeal refused with costs, 8.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guyatt v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26332, leave to appeal refused, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Gwynne v. Minister of Justice* (Crim.)(B.C.), 26501, leave to appeal refused, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Halifax Insurance Co. v. McMahon* (Ont.), 26263, leave to appeal refused with costs, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hamel c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26288, leave to appeal refused, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Henderson v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26299, leave to appeal refused, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Henry v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26489, leave to appeal refused, 9.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Hickey v. Hickey* (Man.), 26430, leave to appeal granted, 7.5.98, autorisation de pourvoi accordée.

- Highmark Residences Inc. v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 26396, leave to appeal refused with costs, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hoque v. Montreal Trust Co. of Canada* (N.S.), 26393, leave to appeal refused with costs, 26.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hoyeck c. Banque Laurentienne du Canada* (Qué.), 26200, leave to appeal refused, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Hughes v. Pfizer Canada Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 26485, leave to appeal refused with costs, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ignace v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26185, leave to appeal refused, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Immeubles Gaston et Rejeanne Inc. c. Caisse populaire de Notre-Dame de Mont-Carmel* (Qué.), 26172, leave to appeal refused with costs, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Immeubles Gaston et Rejeanne Inc. c. Caisse populaire de Notre-Dame de Mont-Carmel* (Qué.), 26173, leave to appeal refused with costs, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Industrielle-Alliance, Compagnie d'assurance sur la vie c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 26400, leave to appeal refused with costs, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Intercredit Establishment Vaduz c. Ville de Pincourt* (Qué.), 26134, leave to appeal refused, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Investigation Team of the Canadian Institute of Actuaries v. Kaplan* (Alta.), 26290, leave to appeal refused with costs, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- J.L.-J.E. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26279, leave to appeal refused, 8.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- James v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26405, leave to appeal refused, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- James & Boyden v. United Kingdom* (Ont.), 26378, notice of discontinuance filed, 21.4.98, avis de désistement produit.
- Johnson v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 26309, leave to appeal refused, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Jonasson v. Jonasson* (B.C.), 26250, leave to appeal refused with costs, 22.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jones v. Smith* (Crim.)(B.C.), 26500, leave to appeal granted, 1.6.98, autorisation de pourvoi accordée.
- K.V.N.G.W. v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 26388, leave to appeal refused, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- KPMG v. Hill* (Sask.), 26356, leave to appeal refused with costs, 28.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kelly c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26240, leave to appeal refused, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Kieling v. Canadian Pacific Ltd.* (Sask.), 26386, leave to appeal refused with costs, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Klevering v. The Queen* (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 26436, leave to appeal refused with costs, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kubicek v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 26334, leave to appeal refused with costs, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kwan v. The Queen* (Crim.)(Man.), 26408, leave to appeal refused, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- L.C. v. Mills* (Crim.)(Alta.), 26358, leave to appeal granted, 12.2.98, autorisation de pourvoi accordée.
- L.J.H. v. The Queen* (Crim.)(Man.), 26296, leave to appeal refused, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- L.K. v. Children's Aid Society of Ottawa-Carleton* (Ont.), 26244, leave to appeal refused, 8.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- L.K.N. c. I.G.* (Qué.), 26434, leave to appeal refused with costs, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Laurendeau c. Université Laval* (Qué.), 26453, leave to appeal refused with costs, 28.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laurent Brodeur Inc. c. Procureur général du Québec* (Qué.), 26158, leave to appeal refused with costs, 8.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lawlor v. Oppenheim* (Nfld.), 26212, leave to appeal granted, 19.2.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Legault c. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.)(Qué.), 26354, leave to appeal refused, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Lemieux c. Gestion Segi Ltée* (Qué.), 26251, leave to appeal refused with costs, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Leonard v. Houle* (Ont.), 26440, leave to appeal refused, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Lepage v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26320, leave to appeal granted, 19.2.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Lessard c. Corporation municipale de Courcelles* (Qué.), 26275, leave to appeal refused with costs, 26.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lienaux v. Campbell* (N.S.), 26171, leave to appeal refused with costs, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- London Salvage & Trading Co. v. Sunoco Inc.* (Ont.), 26241, leave to appeal refused with costs, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lovelace v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 26165, leave to appeal granted, 12.2.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Lyons v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 26312, leave to appeal refused, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- M.-J.R. c. M.B.* (Qué.), 26347, leave to appeal refused with costs, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- M.S. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26516, leave to appeal refused, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corporation* (Man.), 26215, leave to appeal granted, 12.2.98, autorisation de pourvoi accordée.
- M-Jay Farms Enterprises Ltd. v. Canadian Wheat Board* (Man.), 26346, leave to appeal refused with costs, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Macciocchi v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26128, leave to appeal refused, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- MacDonald v. MacDonald* (Alta.), 26474, leave to appeal refused with costs, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacMillan Bloedel Ltd. v. Council of the Haida Nation* (B.C.), 26394, leave to appeal refused with costs, 7.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacNeil v. MacNeil* (B.C.), 26435, leave to appeal refused, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Madison Developments Ltd. v. Plan Electric Co.* (Ont.), 26397, leave to appeal refused with costs, 7.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mailhot c. Ville du Lac Etchemin* (Qué.), 26207, leave to appeal refused, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Malhotra v. Municipality of Metropolitan Toronto* (Ont.), 26310, leave to appeal refused, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Maljkovich v. Maljkovich* (Ont.), 26420, leave to appeal refused with costs, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Malmberg v. Municipal District of Cardston No. 6* (Alta.), 26402, leave to appeal refused with costs, 9.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marks v. Oniel* (Ont.), 26338, leave to appeal refused with costs, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Matthews v. Nowell* (Ont.), 26372, leave to appeal granted, 19.3.98, autorisation de pourvoi accordée.

- McCarthy v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26344, leave to appeal refused, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- McMichael v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 26443, leave to appeal refused, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- McMynn v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 26242/43, leave to appeal refused, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Mendez v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26323, leave to appeal refused, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Messer v. Messer* (Sask.), 26380, leave to appeal refused, 9.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Meulen v. Veterinary Medical Board of Manitoba* (Man.), 26289, leave to appeal refused with costs, 26.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Michalski (Beata) v. Olson* (Man.), 26432, leave to appeal refused with costs, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Michalski (Janina) v. Olson* (Man.), 26432, leave to appeal refused with costs, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Minister of Economic Development and Tourism v. Municipal Corporation of the City of Yellowknife* (N.W.T.), 26337, leave to appeal refused with costs, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Minister of Forests v. MacMillan Bloedel Ltd.* (B.C.), 26394, leave to appeal refused with costs, 7.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Minister of Health and Community Services v. M.L.* (N.B.), 26321, leave to appeal granted, 9.1.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Monette c. Poissant* (Qué.), 26322, leave to appeal refused with costs, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Montplaisir c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26257, leave to appeal refused, 21.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Multani v. Multani* (Ont.), 26245, leave to appeal refused with costs, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Muscillo Transport Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (Ont.), 26295, leave to appeal refused with costs, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- N.H. v. H.M.* (B.C.), 26555, leave to appeal granted, 18.6.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Nanaimo Regional General Hospital v. Heinrichs* (F.C.A.)(B.C.), 26463, leave to appeal refused with costs, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nelson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26130, leave to appeal refused, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- New Investors Committee of Mater's Mortgages Inc. v. Peat Marwick Thorne Inc.* (Ont.), 26179, leave to appeal refused with costs, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nourhaghighi v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26267, leave to appeal refused, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Olah v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26280, leave to appeal refused, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Olson (Clifford Robert) v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26505, leave to appeal refused, 18.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Olson (Victor Brian) v. Law Society of Manitoba* (Man.), 26442, leave to appeal refused with costs, 28.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Adult Entertainment Bar Association v. Municipality of Metropolitan Toronto* (Ont.), 26325, leave to appeal refused with costs, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Othelo c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26426, leave to appeal refused, 9.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Parisé c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 26072, leave to appeal refused with costs, 22.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pascal v. Walker* (Crim.)(B.C.), 26186, leave to appeal refused with costs, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Petro-Canada Inc. c. T.I.W. Industries Ltd.* (Qué.), 26223, leave to appeal refused with costs, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pham v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26459, leave to appeal refused, 4.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada v. Attorney General of the Province of British Columbia* (B.C.), 26260, leave to appeal refused with costs, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Poliquin de la firme Samson Bélair/Deloitte & Touche Inc. c. Perron-Malenfant* (Qué.), 26451, leave to appeal granted, 18.6.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Pomerleau c. Verge* (Qué.), 26270, leave to appeal refused with costs, 22.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Poulin (Gilles) c. Serge Morency et Associés Inc.* (Qué.), 26340, leave to appeal granted, 4.6.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Poulin (Jean-Claude) c. Gilbert* (Qué.), 26407, leave to appeal refused with costs, 28.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Power Workers' Union v. Lincoln Hydro Electric Commission* (Ont.), 26418, leave to appeal refused with costs, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. Dupont* (Qué.), 26232, leave to appeal refused with costs, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. Raby* (Qué.), 26238, leave to appeal refused with costs, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Provincial Tax Commissioner v. Maritime Dredging Ltd.* (P.E.I.), 26423, leave to appeal refused with costs, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Quenneville (Maurice) c. Directeur de la protection de la jeunesse* (Qué.), 26477, leave to appeal refused with costs, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Quenneville (Stéphane) c. Directeur de la protection de la jeunesse* (Qué.), 26476, leave to appeal refused with costs, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Bunn* (Crim.)(Man.), 26339, leave to appeal granted, 4.6.98, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Drake* (Crim.)(P.E.I.), 26201, leave to appeal refused, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Druken* (Crim.)(Nfld.), 26254, leave to appeal granted, 12.2.98, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Grégoire* (Crim.)(Qué.), 26226, leave to appeal granted, 12.2.98, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. L.F.W.* (Crim.)(Nfld.), 26329, leave to appeal granted, 4.6.98, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Ontario Court of Justice (General Division) Northeast Region* (Crim.)(Ont.), 26333, leave to appeal refused, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Proulx* (Crim.)(Man.), 26376, leave to appeal granted, 4.6.98, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. R.A.R.* (Crim.)(Man.), 26377, leave to appeal granted, 4.6.98, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. R.N.S.* (Crim.)(B.C.), 26462, leave to appeal granted, 4.6.98, autorisation de pourvoi accordée.
- R. in right of Newfoundland v. Wells* (Nfld.), 26362, leave to appeal granted, 19.3.98, autorisation de pourvoi accordée.
- R. in right of Ontario v. Nesbitt, Burns Inc.* (Ont.), 26422, leave to appeal granted, 7.5.98, autorisation de pourvoi accordée.
- R.G.F. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26461, leave to appeal refused, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Rafuse v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 26307, leave to appeal refused, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Richter & Associés Inc. c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 26272, leave to appeal granted, 7.5.98, autorisation de pourvoi accordée.

- Ricken Leroux Inc. c. Ministre du Revenu du Québec* (Crim.)(Qué.), 26287, leave to appeal refused, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Ringer v. Centurami* (Ont.), 26328, leave to appeal refused, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Rival Company of Canada Ltd. v. Baxter* (Que.), 26538, leave to appeal refused with costs, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Robert v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26120, leave to appeal refused, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Robertson v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (B.C.), 26448, leave to appeal refused with costs, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rocheleau c. Ville de Bedford* (Qué.), 26425, leave to appeal refused with costs, 21.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rodrigue c. Ville de Québec* (Crim.)(Qué.), 26438, leave to appeal refused, 21.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Roy c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26452, leave to appeal refused, 26.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Royal Bank of Canada v. Director of Investigation and Research* (Ont.), 26316, leave to appeal granted, 12.2.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Royal Bank of Canada v. Sprung Instant Structures Ltd.* (Alta.), 26392, leave to appeal refused with costs, 9.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saca v. York University* (Ont.), 26336, leave to appeal refused with costs, 26.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Samadi v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26472, leave to appeal refused, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Sansaloni c. Ville de Montréal* (Qué.), 26361, leave to appeal refused, 21.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Sauve v. Pokorny* (Ont.), 26262, leave to appeal refused with costs, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Schafer v. Attorney General of Canada* (Ont.), 26246, leave to appeal refused, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Sengmueller v. Wilson* (Ont.), 26235, leave to appeal refused with costs, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Service Employees Union, Local 210 v. Sisters of St. Joseph of the Diocese of London in Ontario* (Ont.), 26233, leave to appeal refused with costs, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Shoshana v. Townsgate 1 Ltd.* (Ont.), 26412, leave to appeal refused with costs, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Shynuk v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25758, leave to appeal refused, 12.2.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Silbernagel v. Canadian Stevedoring Co.* (B.C.), 26291, leave to appeal refused with costs, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sillipp v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26409, leave to appeal refused, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Silverside Computer Systems Inc. v. Minister of National Revenue* (F.C.A.) (Ont.), 26507, leave to appeal refused with costs, 18.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sim v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 26548, leave to appeal refused with costs, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Standard Life Compagnie d'assurance c. Cyr* (Qué.), 26237, leave to appeal refused, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 60 c. Ville d'Edmundston* (N.-B.), 26414, leave to appeal refused, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Syndicat des travailleurs(euses) des épiciers unis Métro-Richelieu (CSN) c. E. Chèvrefils & Fils Inc.* (Qué.), 26230, leave to appeal refused with costs, 12.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.* (F.C.A.)(Qué.), 26403, leave to appeal refused with costs, 21.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Théroux c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26292, leave to appeal refused, 5.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Thibodeau c. Ville de Sept-Îles* (Qué.), 26391, leave to appeal refused with costs, 21.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tremblay (Sonia) c. Ville de Québec* (Crim.)(Qué.), 26439, leave to appeal refused, 21.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Tremblay & Compagnie Syndics et Gestionnaires Ltée c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 26272, leave to appeal granted, 7.5.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Tsawwassen Indian Band v. Corporation of Delta* (B.C.), 26273, leave to appeal refused with costs, 26.2.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Turgeon c. Ville de Plessisville* (Qué.), 26341, leave to appeal refused with costs, 30.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Turner v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 26264, leave to appeal refused, 19.2.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Union des employés de commerce, local 501, T.U.A.C. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.* (Qué.), 26401, leave to appeal refused with costs, 21.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Unishare Investments Ltd. v. The Queen* (Ont.), 26350, leave to appeal refused, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée.
- United Food and Commercial Workers, Local 1518 v. KMart Canada Ltd.* (B.C.), 26209, leave to appeal granted, 12.2.98, autorisation de pourvoi accordée.
- United Food and Commercial Workers International Union, Local 1288P v. Allsco Building Products Ltd.* (N.B.), 26203, leave to appeal granted, 12.2.98, autorisation de pourvoi accordée.
- University of Saskatchewan v. Fireman's Fund Insurance Co. of Canada* (Sask.), 26370, leave to appeal refused with costs, 19.3.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vacation Brokers Inc. v. Patterson* (Ont.), 26306, leave to appeal refused with costs, 29.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vancouver Port Corporation v. Seaport Crown Fish Co.* (B.C.), 26483, leave to appeal refused with costs, 18.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vaughan v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26342, leave to appeal refused, 28.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Vidal c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26205, leave to appeal refused, 8.1.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Ville de Chambly c. Gagnon* (Qué.), 26195, leave to appeal granted, 19.3.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Villeneuve c. Procureur général du Québec* (Qué.), 26499, leave to appeal refused with costs, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vlad v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26509, leave to appeal refused, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- W.W.H. v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 26464, leave to appeal refused, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Wal-Mart Canada Inc. v. United Steelworkers of America* (Ont.), 26355, leave to appeal refused with costs, 7.5.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Warren v. The Queen* (Crim.)(N.W.T.), 26216, leave to appeal refused, 14.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Washington v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26366, leave to appeal refused, 4.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority* (B.C.), 26450, leave to appeal granted, 18.6.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Western Surety Co. v. Sobey's Inc.* (N.B.), 26470, leave to appeal refused with costs, 18.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Wilder v. Wolch* (Man.), 26375, leave to appeal refused with costs, 2.4.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wong v. The Queen* (F.C.A.)(Sask.), 26465, leave to appeal refused with costs, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Yake v. Law Society of Alberta* (Alta.), 26360, leave to appeal refused, 7.5.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Yorke v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 26508, leave to appeal refused, 11.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Young v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 26542, leave to appeal refused, 18.6.98, autorisation de pourvoi refusée.
- Yuen v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 26231, leave to appeal refused with costs, 8.1.98, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zink c. Graybec Immobilier Inc.* (Qué.), 26314, leave to appeal granted, 19.3.98, autorisation de pourvoi accordée.
- Zündel v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.)(B.C.), 26417, leave to appeal refused with costs, 30.4.98, 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			
Abdallah, R. v.	980	Canada, Toronto College Park Ltd. v.	183
Adrien v. Zittre, Siblin & Associates, Inc.	27	Canada (Attorney General), Chippewas of Kettle and Stony Point v.	756
Al Klippert Ltd., R. v.	737	Canada (Attorney General), Schreiber v.	841
Alberta, Vriend v.	493	Canada (Attorney General), Thomson Newspapers Co. v.	877
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net	626
Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.	591	Canada (Minister of Citizenship and Immigration), Pushpanathan v.	982
Aubry v. Duclos	591	Canada (Minister of Citizenship and Immigration), Pushpanathan v. (Rehearing)	1222
B		Canada (National Energy Board), Westcoast Energy Inc. v.	322
Battlefords and District Co-operatives Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 544	1118	Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454	1079
Battlefords and District Co-operatives Ltd. v. RWDSU, Local 544	1118	Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454	1079
BC Gas Utility Ltd. v. Westcoast Energy Inc.	322	Canadian Liberty Net, Canada (Human Rights Commission) v.	626
Bekoe, R. v.	90	Canderel Ltée v. Canada	147
Bernier, R. v.	975	Caslake, R. v.	51
Bisson, R. v.	306	Charemski, R. v.	679
British Columbia (Official Administrator), Fontaine v.	424	Chatwell, R. v.	1207
		Chippewas of Kettle and Stony Point v. Canada (Attorney General)	756
		Commission d'appel en matière de lésions professionnelles, J.M. Asbestos Inc. v.	315
		Commission see also "Canada" or the name of province	
		Consolidated Maybrun Mines Ltd., R. v.	706
C		D	
Campbell, R. v. (Rehearing)	3	Daigle, R. v.	1220
Canada, Canderel Ltée v.	147	Dixon, R. v.	244
Canada, Duha Printers (Western) Ltd. v.	795		
Canada, Ikea Ltd. v.	196		

	PAGE		PAGE
Dowling v. Halifax (City).....	22	J	
Druken, R. v.	978	J.M. Asbestos Inc. v. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles.....	315
Duclos, Aubry v.	591	J.M. Asbestos Inc., Guillemette (Estate of) v.....	315
Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada.....	795	Judges of the Provincial Court (Man.) v. Manito- ba (Rehearing).....	3
E		Jussila, R. v.	755
Éditions Vice-Versa inc., Aubry v.....	591	L	
Ekmecic, R. v. (Rehearing)	3	Loewen Estate, Fontaine v.....	424
F		Lucas, R. v.	439
Fontaine v. British Columbia (Official Adminis- trator).....	424	M	
Fontaine v. Insurance Corporation of British Columbia	424	M.N.R, Neuman v.	770
Fontaine v. Loewen Estate.....	424	M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.	1074
G		Malott, R. v.	123
Gellvear, R. v.	1218	Manitoba, Judges of the Provincial Court (Man.) v. (Rehearing)	3
Giffen (Re).....	91	Manitoba Agricultural Credit Corp., M & D Farm Ltd. v.	1074
Guillemette (Estate of) v. J.M. Asbestos Inc.....	315	Manitoba (Minister of Justice), Manitoba Provin- cial Judges Assn. v. (Rehearing).....	3
H		Manitoba (Minister of Justice), Provincial Court Judges Assn. (Manitoba) v. (Rehearing)	3
H. (N.G.), R. v.	318	Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice) (Rehearing).....	3
Halifax (City), Dowling v.....	22	Maracle, R. v.	86
Hall v. Quebec (Deputy Minister of Revenue) ...	220	McQuaid, R. v.	285
Horne, R. v.	85	Minister see also "Canada" or the name of prov- ince	
I		Mullins-Johnson, R. v.	977
Ikea Ltd. v. Canada.....	196	N	
Insurance Corporation of British Columbia, Fontaine v.....	424	N.G.H., R. v.	318
		Neuman v. M.N.R.	770
		New Brunswick (Minister of Finance), Union of New Brunswick Indians v.	1161

	PAGE		PAGE
Nijjar, R. v.....	320	R. v. Horne.....	85
		R. v. Jussila.....	755
		R. v. Lucas.....	439
		R. v. Malott.....	123
		R. v. Maracle.....	86
		R. v. McQuaid.....	285
		R. v. Mullins-Johnson.....	977
		R. v. N.G.H.....	318
		R. v. Nijjar.....	320
		R. v. Poirier.....	24
		R. v. Puskas.....	1207
		R. v. Reed.....	753
		R. v. Reitsma.....	769
		R. v. Robart.....	279
		R. v. Shalaan.....	88
		R. v. Skinner.....	298
		R. v. Smith.....	291
		R. v. Taylor.....	26
		R. v. Underwood.....	77
		R. v. Wickman (Rehearing).....	3
		R. v. Williams.....	1128
		R. West & Associates Inc. v. Telecom Leasing Canada (TLC) Ltd.	91
		Reed, R. v.....	753
		Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court (P.E.I.) (Rehearing).....	3
		Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island (Rehearing).....	3
		Reference re: <i>Provincial Court Act</i> and <i>Public Sector Pay Reduction Act</i> (P.E.I.) (Rehear- ing).....	3
		Reference re: <i>Public Sector Pay Reduction Act</i> (P.E.I.), s. 10 (Rehearing).....	3
		Reference re Remuneration of Judges of the Pro- vincial Court (P.E.I.) (Rehearing).....	3
		Reference re Remuneration of Judges of the Pro- vincial Court of Prince Edward Island (Rehearing).....	3
		Reitsma, R. v.....	769
		Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454, Canada Safeway Ltd. v.....	1079
		Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 544, Battlefords and District Co-operatives Ltd. v.	1118
		Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	27
		Robart, R. v.	279
		RWDSU, Local 454, Canada Safeway Ltd. v.	1079
O			
Office see also "Canada" or the name of province			
P			
Poirier, R. v.	24		
Provincial Court Judges Assn. (Manitoba) v. Manitoba (Minister of Justice) (Rehearing)	3		
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	982		
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (Rehearing).....	1222		
Puskas, R. v.....	1207		
Q			
Quebec (Deputy Minister of Revenue), Hall v. Queen see also "R."	220		
R			
R. v. Abdallah.....	980		
R. v. Al Klippert Ltd.	737		
R. v. Bekoe.....	90		
R. v. Bernier.....	975		
R. v. Bisson.....	306		
R. v. Campbell (Rehearing).....	3		
R. v. Caslake.....	51		
R. v. Charemski.....	679		
R. v. Chatwell.....	1207		
R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.	706		
R. v. Daigle.....	1220		
R. v. Dixon.....	244		
R. v. Druken.....	978		
R. v. Ekmeçic (Rehearing).....	3		
R. v. Gellvear.....	1218		
R. v. H. (N.G.).....	318		

	PAGE		PAGE
RWDSU, Local 544, Battlefords and District Co-operatives Ltd. v.	1118	Union of New Brunswick Indians v. New Brun- swick (Minister of Finance).....	1161
		Union see also under abbreviated name	
S		V	
Schreiber v. Canada (Attorney General).....	841	Vriend v. Alberta.....	493
Shalaan, R. v.	88		
Skinner, R. v.	298		
Smith, R. v.	291		
T		W	
Taylor, R. v.	26	Westcoast Energy Inc., BC Gas Utility Ltd. v. ...	322
Telecom Leasing Canada (TLC) Ltd., R. West & Associates Inc. v.	91	Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Ener- gy Board).....	322
The Queen see also "R."		Wickman, R. v. (Rehearing).....	3
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General).....	877	Williams, R. v.	1128
Toronto College Park Ltd. v. Canada	183		
U		Z	
Underwood, R. v.	77	Zittreer, Siblin & Associates, Inc., Adrien v.	27

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			
Abdallah, R. c.....	980	Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net.....	626
Adrien c. Zitrer, Siblin & Associates, Inc.	27	Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Pushpanathan c.	982
Al Klippert Ltd., R. c.....	737	Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Pushpanathan c. (Nouvelle audition).....	1222
Alberta, Vriend c.	493	Canada (Office national de l'énergie), Westcoast Energy Inc. c.....	322
Aubry c. Duclos	591	Canada (Procureur général), Chippewas de Kettle et Stony Point c.	756
Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.	591	Canada (Procureur général), Schreiber c.....	841
B		Canada (Procureur général), Thomson Newspapers Co. c.	877
Battlefords and District Co-operatives Limited c. SDGMR, section locale 544.....	1118	Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454	1079
Battlefords and District Co-operatives Limited c. Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 544	1118	Canada Safeway Ltd. c. Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 454	1079
BC Gas Utility Ltd. c. Westcoast Energy Inc.....	322	Canadian Liberty Net, Canada (Commission des droits de la personne) c.	626
Bekoe, R. c.....	90	Canderel Ltée c. Canada.....	147
Bernier, R. c.....	975	Caslake, R. c.....	51
Bisson, R. c.	306	Charemski, R. c.....	679
C		Chatwell, R. c.....	1207
Campbell, R. c. (Nouvelle audition)	3	Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)	756
Canada, Canderel Ltée c.....	147	Colombie-Britannique (Official Administrator), Fontaine c.....	424
Canada, Duha Printers (Western) Ltd. c.	795	Commission d'appel en matière de lésions professionnelles, J.M. Asbestos inc. c.	315
Canada, Ikea Ltd. c.	196	Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Canada, Toronto College Park Ltd. c.....	183	Consolidated Maybrun Mines Ltd., R. c.....	706

	PAGE		PAGE
D		I	
Daigle, R. c.....	1220	Ikea Ltd. c. Canada.....	196
Dixon, R. c.	244	Insurance Corporation of British Columbia, Fontaine c.....	424
Dowling c. Halifax (Ville).....	22		
Druken, R. c.	978	J	
Duclos, Aubry c.	591	J.M. Asbestos inc. c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles.....	315
Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada.....	795	J.M. Asbestos inc., Guillemette (Succession de) c. Judges of the Provincial Court (Man.) c. Manito- ba (Nouvelle audition).....	3
		Jussila, R. c.....	755
E			
Éditions Vice-Versa inc., Aubry c.....	591	L	
Ekmeçic, R. c. (Nouvelle audition).....	3	La Reine voir aussi «R.»	
		Loewen Estate, Fontaine c.....	424
F		Lucas, R. c.....	439
Fontaine c. Colombie-Britannique (Official Administrator).....	424	M	
Fontaine c. Insurance Corporation of British Columbia.....	424	M.R.N., Neuman c.	770
Fontaine c. Loewen Estate.....	424	M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba.....	1074
		Malott, R. c.	123
G		Manitoba, Judges of the Provincial Court (Man.) c. (Nouvelle audition).....	3
Gellvear, R. c.	1218	Manitoba (Ministre de la Justice), Manitoba Pro- vincial Judges Assn. c. (Nouvelle audition)	3
Giffen (Re).....	91	Manitoba (Minister of Justice), Provincial Court Judges Assn. (Manitoba) c. (Nouvelle audi- tion).....	3
Guillemette (Succession de) c. J.M. Asbestos inc.	315	Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice) (Nouvelle audition)	3
		Maracle, R. c.	86
H		McQuaid, R. c.	285
H. (N.G.), R. c.	318	Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la pro- vince	
Halifax (Ville), Dowling c.....	22	Mullins-Johnson, R. c.	977
Hall c. Québec (Sous-ministre du Revenu).....	220		
Horne, R. c.	85		

	PAGE		PAGE
N			
N.G.H., R. c.....	318	R. c. Caslake.....	51
Neuman c. M.R.N.	770	R. c. Charemski.....	679
Nijjar, R. c.....	320	R. c. Chatwell.....	1207
Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances), Union of New Brunswick Indians c.	1161	R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.....	706
		R. c. Daigle.....	1220
		R. c. Dixon.....	244
		R. c. Druken.....	978
		R. c. Ekmecic (Nouvelle audition).....	3
		R. c. Gellvear.....	1218
		R. c. H. (N.G.).....	318
		R. c. Horne.....	85
		R. c. Jussila.....	755
		R. c. Lucas.....	439
		R. c. Malott.....	123
		R. c. Maracle.....	86
		R. c. McQuaid.....	285
		R. c. Mullins-Johnson.....	977
		R. c. N.G.H.....	318
		R. c. Nijjar.....	320
		R. c. Poirier.....	24
		R. c. Puskas.....	1207
		R. c. Reed.....	753
		R. c. Reitsma.....	769
		R. c. Robart.....	279
		R. c. Shalaan.....	88
		R. c. Skinner.....	298
		R. c. Smith.....	291
		R. c. Taylor.....	26
		R. c. Underwood.....	77
		R. c. Wickman (Nouvelle audition).....	3
		R. c. Williams.....	1128
		R. West & Associates Inc. c. Telecom Leasing Canada (TLC) Ltd.	91
		Reed, R. c.	753
		Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court (P.E.I.) (Nou- velle audition)	3
		Reference re: <i>Provincial Court Act</i> and <i>Public Sector Pay Reduction Act</i> (P.E.I.) (Nouvelle audition).....	3
		Reference re: <i>Public Sector Pay Reduction Act</i> (P.E.I.), s. 10 (Nouvelle audition).....	3
		Reference re Remuneration of Judges of the Pro- vincial Court (P.E.I.) (Nouvelle audition) ...	3
		Reitsma, R. c.	769
		Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard (Nouvelle audition)	3
O			
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province			
P			
Poirier, R. c.	24		
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province			
Provincial Court Judges Assn. (Manitoba) c. Manitoba (Minister of Justice) (Nouvelle audition).....	3		
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyen- neté et de l'Immigration).....	982		
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyen- neté et de l'Immigration) (Nouvelle audi- tion).....	1222		
Puskas, R. c.	1207		
Q			
Québec (Sous-ministre du Revenu), Hall c.	220		
R			
Rejne voir aussi «R.»			
R. c. Abdallah.....	980		
R. c. Al Klippert Ltd.....	737		
R. c. Bekoe.....	90		
R. c. Bernier.....	975		
R. c. Bisson.....	306		
R. c. Campbell (Nouvelle audition)	3		

	PAGE		PAGE
Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard (Nouvelle audition)	3	Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général).....	877
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	27	Toronto College Park Ltd. c. Canada.....	183
Robart, R. c.	279		
S			
Schreiber c. Canada (Procureur général).....	841	Underwood, R. c.	77
SDGMR, section locale 454, Canada Safeway Ltd. c.	1079	Union of New Brunswick Indians c. Nouveau- Brunswick (Ministre des Finances).....	1161
SDGMR, section locale 544, Battlefords and Dis- trict Co-operatives Limited c.....	1118		
Shalaan, R. c.....	88	V	
Skinner, R. c.....	298	Vriend c. Alberta	493
Smith, R. c.....	291		
Société du crédit agricole du Manitoba, M & D Farm Ltd. c.	1074	W	
Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 454, Canada Safeway Ltd. c.	1079	Westcoast Energy Inc., BC Gas Utility Ltd. c.....	322
Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 544, Battlefords and District Co-operatives Limited c.....	1118	Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)	322
Syndicat voir aussi sous nom abrégé		Wickman, R. c. (Nouvelle audition).....	3
		Williams, R. c.....	1128
T			
Taylor, R. c.....	26	Z	
Telecom Leasing Canada (TLC) Ltd., R. West & Associates Inc. c.	91	Zittler, Siblin & Associates, Inc., Adrien c.	27

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy	[1983] 1 S.C.R. 403.....	720
Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy.....	[1983] 1 R.C.S. 403.....	720
Abrahams v. Attorney General of Canada.....	[1983] 1 S.C.R. 2.....	47
Abrahams c. Procureur général du Canada.....	[1983] 1 R.C.S. 2.....	47
Air Canada v. British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1161.....	10, 1177, 1200
Air Canada c. Colombie-Britannique	[1989] 1 R.C.S. 1161.....	10, 1177, 1200
Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America	[1976] 1 S.C.R. 2.....	1112
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)	[1989] 2 S.C.R. 225.....	358, 401
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes).....	[1989] 2 R.C.S. 225.....	358, 401
Aldridge v. United States.....	283 U.S. 308 (1931).....	1143
Alteco Inc. v. Canada.....	[1993] 2 C.T.C. 2087	824
American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.....	[1975] A.C. 396.....	664
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	537, 580
Argentina v. Mellino.....	[1987] 1 S.C.R. 536.....	862
Associated Investors of Canada Ltd. v. M.N.R.....	67 D.T.C. 5096	203
Associated Investors of Canada Ltd. v. M.N.R.....	[1967] 2 Ex. C.R. 96.....	163
Associated Investors of Canada Ltd. c. M.N.R.....	[1967] 2 R.C. de l'É. 96	163
Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon	[1943] A.C. 550.....	1176
Atlas Development Co. v. Calof	(1963), 41 W.W.R. 575.....	828
Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.	[1927] A.C. 934.....	1176, 1199
Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.	[1934] A.C. 45.....	1176, 1199
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada.....	[1912] A.C. 571	15
Attorney-General for Ontario v. Winner.....	[1954] A.C. 541	362, 399
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307.....	652, 677
Augustus c. Gosset.....	[1996] 3 S.C.R. 268.....	614
Azoulay c. La Reine	[1952] 2 R.C.S. 495.....	131
Azoulay v. The Queen.....	[1952] 2 S.C.R. 495.....	131

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315.....	525
Banque canadienne impériale de commerce c. Aztec Iron Corp.....	[1978] C.S. 266.....	624
Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail).....	[1988] 1 R.C.S. 1061.....	118
Banque nationale du Canada c. Granda.....	(1984), 60 N.R. 201.....	642
Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.	[1971] R.C.S. 1038.....	1212
Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 R.C.S. 411.....	41, 168
Battlefords and District Co-operatives Ltd. v. RWDSU, Local 544	[1998] 1 S.C.R. 1118.....	1084, 1113
Battlefords and District Co-operatives Ltd. c. SDGMR, section lo- cale 544	[1998] 1 R.C.S. 1118.....	1084, 1113
Beauregard v. Canada	[1986] 2 S.C.R. 56.....	12
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.	[1996] 2 S.C.R. 345.....	598, 614
Benner c. Canada (Secrétaire d'État).....	[1997] 1 R.C.S. 358.....	537
Benner v. Canada (Secretary of State).....	[1997] 1 S.C.R. 358.....	537
Berthiaume c. Réno-Dépôt inc.	[1996] R.J.Q. 1323	624
Blanchet c. Blanchet	(1861), 11 L.C.R. 204	232
Bliss v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 183.....	544
Bliss c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 183.....	544
Board v. Board	[1919] A.C. 956.....	654, 677
Bowman v. United Kingdom.....	(1996), 22 E.H.R.R. C.D. 13.....	937
Boyer v. The King	[1949] S.C.R. 89.....	1213
British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners	[1943] 1 All E.R. 13.....	816
British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 24.....	118
British Columbia (Director of Employment Standards) v. Eland Dis- tributors Ltd. (Trustee of).....	(1996), 40 C.B.R. (3d) 25.....	48
British Columbia Electric Railway Co. v. Canadian National Rail- way Co.	[1932] S.C.R. 161.....	403
Brooks v. Canada Safeway Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1219.....	541
Brooks (J.E.) and Associates Ltd. v. Kingsclear Indian Band.....	(1991), 118 N.B.R. (2d) 290.....	1181
Brotherhood of Maintenance of Way Employees, Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.	[1996] 2 S.C.R. 495.....	638, 673
Brown v. The Queen in right of British Columbia.....	(1979), 107 D.L.R. (3d) 705.....	1173
Buckerfield's Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1964] C.T.C. 504.....	807
Butler v. Michigan	352 U.S. 380 (1957).....	971
C		
Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.....	[1954] S.C.R. 207.....	356, 392
Canada v. Antosko	[1994] 2 S.C.R. 312.....	809
Canada v. Schmidt	[1987] 1 S.C.R. 500.....	862
Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)	[1997] 3 S.C.R. 440.....	476
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	1010

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1993] 1 S.C.R. 941.....	1096, 1107
Canada (Attorney General) v. Somerville.....	[1996] 8 W.W.R. 199.....	912
Canada (Attorney General) v. Ward.....	[1993] 2 S.C.R. 689.....	1017, 1061
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor.....	[1990] 3 R.C.S. 892.....	640, 674
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748.....	353, 1005, 1109
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748.....	353, 1005, 1109
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor.....	[1990] 3 S.C.R. 892.....	640, 674
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1993] 1 R.C.S. 941.....	1096, 1107
Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada).....	[1997] 3 R.C.S. 440.....	476
Canada (Procureur général) c. Mossop.....	[1993] 1 R.C.S. 554.....	1010
Canada (Procureur général) c. Ward	[1993] 2 R.C.S. 689.....	1017, 1061
Canada Safeway Ltd. v. Carey.....	(1987), 65 Sask. R. 238.....	1088
Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454	[1998] 1 S.C.R. 1079.....	1120
Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454	[1998] 1 R.C.S. 1079.....	1120
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General).....	[1996] 3 S.C.R. 480.....	459, 488
Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1992] 1 S.C.R. 236.....	525
Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies Ltd.	[1977] 1 S.C.R. 322.....	363, 399
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band.....	[1995] 1 S.C.R. 3.....	720
Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia	[1950] A.C. 122.....	359, 399
Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1991] 2 F.C. 455	676
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui.....	[1995] 1 R.C.S. 3.....	720
Canderel Ltd. v. Canada	[1998] 1 S.C.R. 147.....	185, 199
Canderel Ltée c. Canada.....	[1998] 1 R.C.S. 147.....	185, 199
Champagne c. Collège d'enseignement général et professionnel (CEGEP) de Jonquière.....	[1997] R.J.Q. 2395	667
Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd. ...	[1993] A.C. 334	647
Charles Brown & Co. v. Commissioners of Inland Revenue.....	(1930), 12 T.C. 1256.....	209
City of Montreal v. Montreal Street Railway.....	[1912] A.C. 333	358, 396
City of Toronto v. Bell Telephone Company of Canada	[1905] A.C. 52	402
CKOY Ltd. c. La Reine.....	[1979] 1 R.C.S. 2.....	619
CKOY Ltd. v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 2.....	619
Cloutier v. Langlois.....	[1990] 1 S.C.R. 158.....	56, 371
Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.....	[1989] 2 R.C.S. 24.....	118
Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash.....	[1994] 2 S.C.R. 406.....	855
Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Mari- time Electric Co.	[1985] 2 C.F. 13	641, 674
Commission des accidents du travail du Québec c. Valade.....	[1982] 1 S.C.R. 1103.....	720
Commissioners of Inland Revenue v. Gardner Mountain & D'Ambrumenil, Ltd.	(1947), 29 T.C. 69.....	161

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Nor-Min Supplies Ltd.	[1977] 1 R.C.S. 322.....	363, 399
Connor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	(1995), 95 F.T.R. 66.....	1013
Connor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	(1995), 95 F.T.R. 66.....	1013
Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 1 R.C.S. 236.....	525
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15	[1997] 1 R.C.S. 487.....	1097, 1107
Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif	Rec. C.I.J. 1971, p. 16.....	1031
Consumers' Gas Co. v. The Queen.....	82 D.T.C. 6300	204
Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne).....	[1996] 3 R.C.S. 854.....	641
Cooper v. Canada (Human Rights Commission).....	[1996] 3 S.C.R. 854.....	641
Corporation of Birmingham v. Barnes	[1935] A.C. 292.....	204
Cour eur. D.H., affaire Mathieu-Mohin et Clerfayt	arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113.....	937
Cowen v. Evans.....	(1893), 22 S.C.R. 331.....	1212
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1991] 2 R.C.S. 5.....	415
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	[1991] 2 S.C.R. 5.....	415
Cummings c. La Reine	81 D.T.C. 5207	156, 187
Cummings v. The Queen.....	81 D.T.C. 5207	156, 187
Curley v. United States.....	160 F.2d 229 (1947).....	695
Current Audio, Inc. v. RCA Corp.....	337 N.Y.S.2d 949 (1972).....	618

D

Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.....	618, 925, 935
Dagenais c. Société Radio-Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 835.....	619, 925, 935
Danes v. The Queen in right of British Columbia.....	(1985), 18 D.L.R. (4th) 253	1173
D'Aoust-Rudenko c. Bédard.....	C.S. Hull, n° 550-05-000073-893, 16 février 1989	238
Dauphinee v. Major Foods Ltd.	(1983), 56 N.S.R. (2d) 517	1114
David Morris Fine Cars Ltd. v. North Sky Trading Inc. (Trustee of)	[1996] 7 W.W.R. 332.....	115
Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board	[1985] 1 S.C.R. 785.....	117
Deputy Minister of Revenue v. Rainville.....	[1980] 1 S.C.R. 35.....	117
Deschamps c. Renault Canada.....	(1977), 18 C. de D. 937.....	605
Dickason c. Université de l'Alberta	[1992] 2 R.C.S. 1103.....	525, 1095
Dickason v. University of Alberta	[1992] 2 S.C.R. 1103.....	525, 1095
Dimes v. Grand Junction Canal (Proprietors of).....	(1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301.....	12
Director of Public Prosecutions v. Head.....	[1959] A.C. 83	727
Dome Petroleum Ltd. v. National Energy Board.....	(1987), 73 N.R. 135.....	363
Dome Petroleum Ltd. c. Office national de l'énergie	(1987), 73 N.R. 135.....	363
Donaghy v. CNS Vehicle Leasing.....	[1992] 6 W.W.R. 70	115
Donald Applicators Ltd. v. Minister of National Revenue.....	69 D.T.C. 5122	818
Doran v. Jewell	(1914), 49 S.C.R. 88.....	1213
Droit de la famille — 1777	[1994] R.J.Q. 1493	624
Dubois c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 350.....	81

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Dubois v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 350.....	81
E		
Eaton v. Brant County Board of Education.....	[1997] 1 S.C.R. 241.....	538
Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant	[1997] 1 R.C.S. 241.....	538
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	455, 488, 943
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	455, 488, 943
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513.....	517, 580
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624.....	534
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1997] 3 R.C.S. 624.....	534
Estate of Presley v. Russen	513 F.Supp. 1339 (1981).....	618
États-Unis d'Amérique c. Cotroni.....	[1989] 1 R.C.S. 1469.....	478
États-Unis d'Amérique c. Shephard.....	[1977] 2 R.C.S. 1067.....	683, 692
Eur. Court H.R., Mathieu-Mohin and Clerfayt case	judgment of 2 March 1987, Series A No. 113.....	937
Everywoman's Health Centre Society (1988) v. Bridges	(1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273.....	710
F		
Farquhar v. Butler Bros. Supplies Ltd.	[1988] 3 W.W.R. 347.....	1114
Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail).....	[1988] 1 S.C.R. 1061.....	117
Field v. United Amusement Corp.	[1971] C.S. 283.....	615
Fleeming v. Howden.....	(1868), L.R. 1 Sc. & Div. 372.....	102
Flintoft v. Royal Bank of Canada	[1964] S.C.R. 631.....	102
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712.....	601, 615, 905
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	601, 615, 905
Francis v. The Queen.....	[1956] S.C.R. 618.....	1172, 1191
Franco v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1994] F.C.J. No. 1011 (QL)	1013
Franco c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1994] A.C.F. n° 1011 (QL)	1013
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique.....	[1985] 2 R.C.S. 455.....	618
Fraser v. Public Service Staff Relations Board	[1985] 2 S.C.R. 455.....	618
Fraser Companies, Ltd. v. The Queen	81 D.T.C. 5051	783
Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée.....	[1996] 2 R.C.S. 495.....	638, 673
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 R.C.S. 316.....	1006, 1096, 1108
French Shoes Ltd. v. The Queen.....	86 D.T.C. 6359	212
Friedberg v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 285.....	160
Friesen v. Canada.....	[1995] 3 S.C.R. 103.....	41, 165
G		
Gauthier & Co. v. The King	[1945] S.C.R. 143.....	430

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Gazette (The) (Division Southam inc.) c. Valiquette	[1997] R.J.Q. 30	606
Gleaves v. Deakin	[1979] 2 All E.R. 497.....	451
Godbout v. Longueuil (City)	[1997] 3 S.C.R. 844.....	600, 614
Godbout c. Longueuil (Ville).....	[1997] 3 R.C.S. 844.....	600, 614

H

Haig v. Canada.....	(1992), 9 O.R. (3d) 495.....	517
Haig v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 995.....	534, 936
Harelkin c. Université de Regina	[1979] 2 R.C.S. 561.....	720
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561.....	720
Harvard International Resources Ltd. v. Provincial Treasurer of Alberta	93 D.T.C. 5254	823
Harvey v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 2 S.C.R. 876.....	913, 954
Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général).....	[1996] 2 R.C.S. 876.....	913, 954
Hellenius v. Lees.....	[1972] S.C.R. 165	431
Herbage v. Pressdram Ltd.....	[1984] 1 W.L.R. 1160	667
Hill v. Church of Scientology of Toronto.....	[1995] 2 S.C.R. 1130.....	464, 602, 618
Hill c. Église de scientologie de Toronto.....	[1995] 2 R.C.S. 1130.....	464, 602, 619
Hills v. Canada (Attorney General)	[1988] 1 S.C.R. 513.....	47
Hills c. Canada (Procureur général).....	[1988] 1 R.C.S. 513.....	47
Hodge's Case.....	(1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.....	684, 697
Hodgkinson v. Simms	[1994] 3 S.C.R. 377.....	612
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	59, 586, 847, 859, 864
Hurtubise v. Desmarreau.....	(1891), 19 S.C.R. 562.....	1213
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1995] 3 S.C.R. 453.....	103
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national.....	[1995] 3 R.C.S. 453.....	103
Hyde v. Lindsay	(1898), 29 S.C.R. 99.....	1213

I

IBM Canada Ltd. v. M.N.R.....	93 D.T.C. 1266	210
Idziak v. Canada (Minister of Justice).....	[1992] 3 S.C.R. 631.....	660
Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)	[1992] 3 R.C.S. 631.....	660
Ikea Ltd. v. Canada.....	[1998] 1 S.C.R. 196.....	152, 185
In re Cannet Freight Cartage Ltd.	[1976] 1 F.C. 174	408
In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos.	[1918] 1 K.B. 315.....	1114
International Harvester Credit Corp. of Canada Ltd. v. Bell's Dairy Ltd. (Trustee of).....	(1986), 61 C.B.R. (N.S.) 193.....	101
International Iron & Metal Co. v. Minister of National Revenue...	[1974] S.C.R. 898	811
International Iron & Metal Co. c. Ministre du Revenu national....	[1974] R.C.S. 898	812
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927... 451, 561, 615, 903, 932	932
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927... 451, 561, 615, 903, 932	932
Ismaeli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1995] F.C.J. No. 573 (QL)	1013
Ismaeli c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1995] A.C.F. n° 573 (QL)	1013

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.	[1986] 1 S.C.R. 752.....	637, 672
J		
Jackson v. Millar	[1976] 1 S.C.R. 225.....	431
Jackson v. Virginia.....	443 U.S. 307 (1979).....	696
John c. La Reine	[1971] R.C.S. 781.....	690
John v. The Queen	[1971] S.C.R. 781.....	690
Johnston v. M.N.R.	[1948] S.C.R. 486.....	173
K		
Katz v. United States	389 U.S. 347 (1967).....	853, 865
Kenneth B. S. Robertson Ltd. v. M.N.R.....	(1944), 2 D.T.C. 655	206
Khanna c. Procureur général du Québec.....	(1984), 10 Admin. L.R. 210	721, 749
Kindler v. Canada (Minister of Justice).....	[1991] 2 S.C.R. 779.....	862
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice).....	[1991] 2 R.C.S. 779.....	862
King (The) v. Eastern Terminal Elevator Co.	[1925] S.C.R. 434.....	367
Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission).....	(1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356.....	540
Kootenay & Elk Railway Co. v. Canadian Pacific Railway Co.	[1971] S.C.R. 600.....	1215
Kootenay & Elk Railway Co. v. Canadian Pacific Railway Co.	[1974] S.C.R. 955.....	403
Kootenay & Elk Railway Co. c. Compagnie du Chemin de Fer Canadien du Pacifique	[1974] R.C.S. 955.....	403
Kowarsky c. Procureur général du Québec.....	[1988] R.D.J. 339	623
L		
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City).....	[1989] 1 S.C.R. 705.....	612
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville).....	[1989] 1 R.C.S. 705.....	612
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357.....	463
Laws v. Australian Broadcasting Tribunal.....	(1990), 93 A.L.R. 435	12
Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Secur- ity Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion.....	I.C.J. Reports 1971, p. 16	1031
Leighton v. British Columbia	(1989), 57 D.L.R. (4th) 657.....	1173
Leonard v. R. in Right of British Columbia.....	(1984), 52 B.C.L.R. 389.....	1172
Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers.....	[1975] 1 S.C.R. 178.....	408
Libman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 178.....	670
Libman v. Quebec (Attorney General).....	[1997] 3 S.C.R. 569.....	456, 901, 936
Libman c. Québec (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 569.....	456, 901, 936
Libman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 178.....	670
Lincolnshire Sugar Co. v. Smart.....	[1937] A.C. 697	209
Lindley v. Rutter	[1981] Q.B. 128.....	73
London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll.....	[1967] 2 All E.R. 124.....	204

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Luscar Collieries, Ltd. v. McDonald.....	[1927] A.C. 925.....	359, 406
M		
M.N.R. v. Benaby Realities Ltd.	[1968] S.C.R. 12.....	215
M.N.R. v. Canadian Glassine Co.	[1976] 2 F.C. 517.....	171
M.N.R. v. Irwin.....	[1964] S.C.R. 662.....	163
M.N.R. v. Tower Investment Inc.....	[1972] F.C. 454.....	157, 193
Machtinger v. HOJ Industries Ltd.....	[1992] 1 S.C.R. 986.....	41
MacKay v. Manitoba.....	[1989] 2 S.C.R. 357.....	588
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson.....	[1995] 4 S.C.R. 725.....	652
Mahe v. Alberta.....	[1990] 1 S.C.R. 342.....	534
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.	[1987] 1 S.C.R. 110.....	664
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.	[1987] 1 R.C.S. 110.....	664
Marcotte v. The King.....	[1950] S.C.R. 352.....	1213
Maritime Telegraph and Telephone Co. c. La Reine	92 D.T.C. 6191	160
Maritime Telegraph and Telephone Co. v. The Queen	92 D.T.C. 6191	160
Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue).....	[1988] 2 S.C.R. 175.....	157
Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu).....	[1988] 2 R.C.S. 175.....	157
McClurg v. Canada.....	[1990] 3 S.C.R. 1020.....	776
McEvoy v. Attorney General (New Brunswick).....	[1983] 1 S.C.R. 704.....	652
McEvoy c. Procureur général (Nouveau-Brunswick).....	[1983] 1 R.C.S. 704.....	652
McGee v. United States.....	402 U.S. 479 (1971).....	720
McKart v. United States	395 U.S. 185 (1969).....	725
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229.....	518, 921
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	517, 921
Merilees v. Sears Can. Inc.....	(1986), 24 B.C.L.R. (2d) 165.....	1114
Metropolitan Railway Co. v. Jackson	(1877), 3 App. Cas. 193.....	695
Mezzo c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 802.....	684, 692
Mezzo v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 802.....	684, 692
Miawpukek Indian Band v. Newfoundland (Minister of Finance)	(1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 164 ...	1178, 1202
Mills-Hughes v. Raynor.....	(1988), 63 O.R. (2d) 343.....	48
Minister of National Revenue v. Consolidated Holding Co.....	[1974] S.C.R. 419.....	810
Minister of National Revenue v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd....	[1967] S.C.R. 223.....	807
Ministre du Revenu national c. Consolidated Holding Co.....	[1974] R.C.S. 419.....	810
Miron v. Trudel	[1995] 2 S.C.R. 418.....	521, 582
Mitchell c. Bande indienne Peguis.....	[1990] 2 R.C.S. 85.....	1172, 1190
Mitchell v. Peguis Indian Band.....	[1990] 2 S.C.R. 85.....	1172, 1190
Mitchell v. Trenholme.....	(1893), 22 S.C.R. 333.....	1213
Moises v. Canadian Newspaper Co.....	[1997] 1 W.W.R. 337.....	619
Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1994] 1 F.C. 298	1022
Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1994] 1 C.F. 298	1022
Motherwell v. Schoof.....	[1949] 4 D.L.R. 812.....	828
Murphy v. The Queen.....	80 D.T.C. 6314.....	783

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
N		
National Bank of Canada v. Granda	(1984), 60 N.R. 201.....	642
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	1008
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations).....	[1990] 2 R.C.S. 1324.....	1008
National Energy Board (Re).....	[1988] 2 F.C. 196	393
National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.....	[1969] S.C.R. 481	429
Natural Law Party of Canada v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 1 F.C. 580	643
Naval Colliery Co. v. Commissioners of Inland Revenue.....	(1928), 12 T.C. 1017	156
Neonex International Ltd. v. The Queen	78 D.T.C. 6339	157, 203
Nesbitt Thomson Inc. v. M.N.R.	91 D.T.C. 1113	213
New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Co.	[1985] 2 F.C. 13	641, 674
Newfoundland (Human Rights Commission) v. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations).....	(1995), 127 D.L.R. (4th) 694.....	578
Northern Telecom Canada Ltd. v. Communications Workers of Canada.....	[1983] 1 S.C.R. 733.....	402
Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada	[1983] 1 R.C.S. 733.....	402
Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada.....	[1980] 1 S.C.R. 115.....	361, 401
Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada	[1980] 1 R.C.S. 115.....	361, 401
Nowegijick c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 29.....	1171, 1190
Nowegijick v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 29.....	1171, 1190
O		
Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue	[1971] S.C.R. 1032.....	821
Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1971] R.C.S. 1032.....	821
Office national de l'énergie (Re).....	[1988] 2 C.F. 196	393
Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 206.....	652
Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)....	[1993] 3 R.C.S. 327.....	375, 397
Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)	[1993] 3 S.C.R. 327.....	375, 397
Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.	[1989] 1 R.C.S. 206.....	652
Oxford Shopping Centres Ltd. v. The Queen.....	79 D.T.C. 5458	156, 203
P		
Paccar Financial Services Ltd. v. Sinco Trucking Ltd. (Trustee of)	[1989] 3 W.W.R. 481	101
Parti de la loi naturelle du Canada c. Société Radio-Canada.....	[1994] 1 C.F. 580	643
Pasiecznyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board).....	[1997] 2 S.C.R. 890.....	1004
Paul c. La Reine.....	[1982] 1 R.C.S. 621.....	45
Paul v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 621.....	45
Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, arrêt	Rec. C.I.J. 1980, p. 3.....	1030

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557.....	414, 1007
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 R.C.S. 557.....	414, 1007
Pringle v. Fraser	[1972] S.C.R. 821.....	661
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307.....	652, 677

Q

Queen (The) v. Board of Transport Commissioners	[1968] S.C.R. 118.....	406
Queen (The) v. Canadian Pacific Ltd.	77 D.T.C. 5383	204
Queen (The) v. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd.	90 D.T.C. 6607	206
Queen (The) v. Imperial General Properties Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 288.....	819
Queen (The) v. Lusita Holdings Ltd.	84 D.T.C. 6346	821
Queen (The) v. Nova, An Alberta Corporation.....	[1988] 2 C.T.C. 167	369

R

R. v. Al Klippert Ltd.	(1996), 43 Alta. L.R. (3d) 225.....	724
R. v. Arason	(1992), 78 C.C.C. (3d) 1	58
R. v. Askov.....	[1990] 2 S.C.R. 1199.....	86
R. v. B. (A.)	(1997), 33 O.R. (3d) 321.....	1143
R. v. Belnavis.....	(1996), 107 C.C.C. (3d) 195.....	64
R. v. Belnavis.....	[1997] 3 S.C.R. 341.....	853, 869
R. v. Bevan.....	[1993] 2 S.C.R. 599.....	83
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	547, 619, 873
R. v. Bramwell	(1996), 106 C.C.C. (3d) 365.....	266
R. v. Brydges.....	[1990] 1 S.C.R. 190.....	20
R. v. Burdett.....	(1820), 4 B. & Ald. 95, 106 E.R. 873	468
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452.....	616, 908, 932
R. v. C. (M.H.).....	[1991] 1 S.C.R. 763.....	263
R. v. Campbell Chevrolet Ltd.	(1984), 14 C.E.L.R. 25.....	722
R. v. Canchem Inc.	(1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 237.....	723
R. v. Carosella.....	[1997] 1 S.C.R. 80.....	257
R. v. Chaplin	[1995] 1 S.C.R. 727.....	257
R. v. Charlton.....	(1992), 15 B.C.A.C. 272	56
R. v. Colarusso	[1994] 1 S.C.R. 20.....	865
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265.....	59, 263, 475, 857, 867
R. v. Comba	[1938] S.C.R. 396.....	683, 697
R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.	(1996), 28 O.R. (3d) 161.....	743
R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.	[1998] 1 S.C.R. 706.....	740
R. v. Cooper	[1978] 1 S.C.R. 860.....	690
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670.....	79
R. v. Dixon	[1998] 1 S.C.R. 244.....	280, 286, 293, 299
R. v. Domm	(1996), 31 O.R. (3d) 540.....	710
R. v. Drapeau	(1993), 38 B.C.A.C. 237	56
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30.....	599
R. v. Dyment.....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	600, 614, 854, 865

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128.....	853, 869
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	602, 920
R. v. Egger	[1993] 2 S.C.R. 451.....	257
R. v. Evans	[1993] 2 S.C.R. 629.....	132
R. v. Feeney	[1997] 2 S.C.R. 117.....	20, 854
R. v. Filonov.....	(1993), 82 C.C.C. (3d) 516.....	861
R. v. Ford	(1995), 34 C.R.R. (2d) 143.....	81
R. v. Garcia	(1992), 72 C.C.C. (3d) 240.....	56
R. v. Golub.....	(1997), 34 O.R. (3d) 743.....	56
R. v. Greenbaum	[1993] 1 S.C.R. 674.....	721, 749
R. v. Harrer.....	[1995] 3 S.C.R. 562.....	846, 863
R. v. Hibbert.....	[1995] 2 S.C.R. 973.....	140
R. v. Holbrook.....	(1878), 4 Q.B.D. 42.....	462
R. v. Hubbert.....	(1975), 29 C.C.C. (2d) 279.....	1139
R. v. Hydro-Québec	[1997] 1 S.C.R. 213.....	41
R. v. Jacquard.....	[1997] 1 S.C.R. 314.....	131
R. v. Jorgensen.....	[1995] 4 S.C.R. 55.....	482
R. v. Kalanj	[1989] 1 S.C.R. 1594.....	1210
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R.697.....	455, 566, 615, 669, 901, 942
R. v. Kelly	[1992] 2 S.C.R. 170.....	463
R. v. Laba	[1994] 3 S.C.R. 965.....	466, 970
R. v. Lavallee	[1990] 1 S.C.R. 852.....	129, 139
R. v. Leclerc	(1995), 163 N.B.R. (2d) 225.....	56
R. v. Lewis	[1996] 1 S.C.R. 921.....	1173
R. v. Lifchus.....	[1997] 3 S.C.R. 320.....	308
R. v. Lim (No. 2).....	(1990), 1 C.R.R. (2d) 136.....	56
R. v. Litchfield	[1993] 4 S.C.R. 333.....	710
R. v. Lord Abingdon.....	(1794), 1 Esp. 226, 170 E.R. 337.....	467
R. v. McAnespie.....	[1993] 4 S.C.R. 501.....	266
R. v. McKinlay Transport Ltd.....	[1990] 1 S.C.R. 627.....	855
R. v. Monteleone.....	[1987] 2 S.C.R. 154.....	683, 692
R. v. Morabito.....	[1949] S.C.R. 172.....	695
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463.....	46
R. v. Morin.....	[1992] 1 S.C.R. 771.....	86
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606.....	457
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103... 458, 485, 554, 901, 939	
R. v. O'Connor.....	[1995] 4 S.C.R. 411.....	866
R. v. P. (M.B.).....	[1994] 1 S.C.R. 555.....	81
R. v. Parks	(1993), 84 C.C.C. (3d) 353.....	1136
R. v. Paul.....	[1977] 1 S.C.R. 181.....	690
R. v. Pétel.....	[1994] 1 S.C.R. 3.....	132
R. v. Plant.....	[1993] 3 S.C.R. 281.....	855, 865
R. v. R. (D.)	[1996] 2 S.C.R. 291.....	447
R. c. Rice.....	[1980] C.A. 310.....	721, 749
R. v. S. (R.J.).....	[1995] 1 S.C.R. 451.....	81

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. S.E.S.	(1992), 100 Sask. R. 110.....	266
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654.....	603
R. v. Sarson	[1996] 2 S.C.R. 223.....	710
R. v. Sault Ste. Marie (City)	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	469
R. c. Sault Ste-Marie (Ville).....	[1978] 2 R.C.S. 1299.....	469
R. v. Sharma.....	[1993] 1 S.C.R. 650.....	721, 749
R. v. Sherratt	[1991] 1 S.C.R. 509.....	1135
R. v. Smellie.....	(1994), 95 C.C.C. (3d) 9.....	56
R. v. Speid.....	(1991), 8 C.R.R. (2d) 383.....	56
R. v. Stevens.....	(1993), 182 C.C.C. (3d) 97.....	467
R. v. Stevens.....	(1995), 96 C.C.C. (3d) 238.....	453
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607.....	61, 71, 854
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326.....	256
R. v. Terry	[1996] 2 S.C.R. 207.....	846, 863, 860
R. v. TNT Canada Inc.	(1996), 27 O.R. (3d) 546.....	42
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	537
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636.....	469
R. v. Vasil	[1981] 1 S.C.R. 469.....	45
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154.....	722
R. v. Wicks	[1997] 2 W.L.R. 876	726
R. v. Wigglesworth	[1987] 2 S.C.R. 541.....	463
R. v. Wong.....	[1990] 3 S.C.R. 36.....	599
R. v. Z. (D.A.).....	[1992] 2 S.C.R. 1025.....	49
R. v. Zundel.....	(1987), 31 C.C.C. (3d) 97	1140
R. v. Zundel.....	[1992] 2 S.C.R. 731.....	456, 904
Rapp v. McClelland & Stewart Ltd.	(1981), 34 O.R. (2d) 452.....	667
Re Benson & Hedges (Canada) Ltd. and Bakery, Confectionery and Tobacco Workers International Union, Local 325	(1979), 22 L.A.C. (2d) 361	1112
Re Blainey and Ontario Hockey Association	(1986), 54 O.R. (2d) 513.....	522
Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada.....	[1973] 3 O.R. 819	900
Re Cadieux and Jas. A. Ogilvy's Ltd.	(1952), 33 C.B.R. 15.....	109
Re City of Edmonton and Energy and Chemical Workers Union, Local 829.....	(1984), 15 L.A.C. (3d) 137.....	1113, 1124
Re Colonial Cookies (Division of Beatrice Foods Inc.) and U.F.C.W., Loc. 617P	(1990), 13 L.A.C. (4th) 405.....	1113, 1125
Re Cove Guest Home and C.B.R.T. & G.W.....	(1988), 1 L.A.C. (4th) 42.....	1113, 1124
Re Kemp Products Ltd.....	(1978), 27 C.B.R. (N.S.) 1.....	38
Re Mac's Convenience Stores Inc. and Minister of the Environment for Ontario	(1984), 48 O.R. (2d) 9.....	723
Re Malone Lynch Securities Ltd.	[1972] 3 O.R. 725.....	38
Re Nishi Industries.....	[1978] 6 W.W.R. 736.....	104
Re Perepeluk; Canadian Imperial Bank of Commerce v. Touche Ross Ltd.	[1986] 2 W.W.R. 631.....	103
Re Regulation & Control of Radio Communication	[1932] 2 D.L.R. 81	358
Re Residential Tenancies Act, 1979.....	[1981] 1 S.C.R. 714.....	652, 673
Re Telegram Publishing Co. v. Zwelling.....	(1972), 1 L.A.C. (2d) 1.....	42

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Rebeiro c. Shawinigan Chemicals (1969) Ltd.....	[1973] C.S. 389.....	608
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act	[1955] S.C.R. 529.....	366, 408
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	12
Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.).....	[1991] 2 S.C.R. 158.....	900, 936
Reference re <i>Public Schools Act</i> (Man.), s. 79(3), (4) and (7).....	[1993] 1 S.C.R. 839.....	15, 534
Reference re <i>Public Service Employee Relations Act</i> (Alta.).....	[1987] 1 S.C.R. 313.....	534
Reine (La) c. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd.....	90 D.T.C. 6607.....	206
Reine (La) c. Imperial General Properties Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 288.....	819
Reine (La) c. Lusita Holdings Ltd.....	84 D.T.C. 6346.....	821
Reine (La) c. Nova, An Alberta Corporation.....	[1988] 2 C.T.C. 167.....	369
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle.....	[1981] 1 R.C.S. 714.....	652, 673
Renvoi relatif à la <i>Loi sur les écoles publiques</i> (Man.), art. 79(3), (4) et (7).....	[1993] 1 R.C.S. 839.....	15, 534
Renvoi relatif à la <i>Public Service Employee Relations Act</i> (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313.....	534
Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)	[1991] 2 R.C.S. 158.....	900, 936
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba.....	[1985] 1 R.C.S. 721.....	12
Rhine c. La Reine.....	[1980] 2 R.C.S. 442.....	639
Rhine v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 442.....	639
RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1994] 1 S.C.R. 311.....	664, 1076
RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1995] 3 S.C.R. 199.....	465, 554, 901, 941
RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1994] 1 R.C.S. 311.....	664, 1076
RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1995] 3 R.C.S. 199.....	465, 554, 902, 941
Roberts v. Canada.....	[1989] 1 S.C.R. 322.....	651, 677
Robinson v. Countrywide Factors Ltd.....	[1978] 1 S.C.R. 753.....	103
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario.....	[1990] 2 R.C.S. 232.....	943
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario.....	[1990] 2 S.C.R. 232.....	943
Romer v. Evans.....	116 S.Ct. 1620 (1996).....	549
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825.....	415, 903, 942, 1016, 1095
Ross v. New Brunswick School District No. 15.....	[1996] 1 S.C.R. 825.....	415, 903, 942, 1016, 1095
Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd....	[1971] S.C.R. 1038.....	1212
Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.....	[1997] 1 S.C.R. 411.....	41, 168
Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1996] 1 R.C.S. 369.....	1100, 1109
Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board).....	[1996] 1 S.C.R. 369.....	1100, 1109
Royal Trust c. Québec (Sous-ministre du Revenu).....	[1990] R.D.F.Q. 36.....	232
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	534, 906
Ryder v. Wombwell.....	(1868), L.R. 4 Ex. 32.....	693

S

Saint-Aubin c. Crevier.....	(1905), 28 C.S. 392.....	240
Sauvé v. Canada (Attorney General).....	[1993] 2 S.C.R. 438.....	936
Sauvé c. Canada (Procureur général).....	[1993] 2 R.C.S. 438.....	936
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	477, 519, 585
Schwartz v. Canada.....	[1996] 1 S.C.R. 254.....	212

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Scott v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan	(1992), 95 D.L.R. (4th) 706.....	1216
Scott v. London and St. Katherine Docks Co.	(1865), 3 H. & C. 596, 159 E.R. 665	431
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573.....	534, 906
Simpsons-Sears Ltd. v. Provincial Secretary (N. B.).....	[1978] 2 S.C.R. 869.....	1175, 1195
Simpsons-Sears Ltée c. Secrétaire provincial (N.-B.).....	[1978] 2 R.C.S. 869.....	1176, 1195
Singer v. The King	[1932] S.C.R. 70.....	1213
Siskina (Cargo Owners) v. Distos Compania Naviera S.A.	[1979] A.C. 210.....	647
Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1994] 1 F.C. 433	1029
Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1994] 1 C.F. 433	1029
Sivasambo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1995] 1 F.C. 741	1013
Sivasambo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration).....	[1995] 1 C.F. 741	1013
Skoke-Graham c. La Reine.....	[1985] 1 R.C.S. 106.....	463
Skoke-Graham v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 106.....	463
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	1152
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 480.....	459, 488
Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc.	[1994] R.J.Q. 1811	605
Sornalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(1996), 107 F.T.R. 128.....	1013
Sornalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration).....	(1996), 107 F.T.R. 128.....	1013
Sous-ministre du Revenu c. Rainville.....	[1980] 1 R.C.S. 35.....	117
South Dakota v. Opperman	428 U.S. 364 (1976).....	68
St. John Dry Dock & Shipbuilding Co. v. M.N.R.....	[1944] Ex. C.R. 186	209
St. John Dry Dock & Shipbuilding Co. c. M.N.R.....	[1944] R.C. de l'É. 186.....	209
Stein c. Le navire «Kathy K».....	[1976] 2 R.C.S. 802.....	1095
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802.....	1095
Stuart Investments Ltd. c. La Reine.....	[1984] 1 R.C.S. 536.....	779, 839
Stuart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536.....	779, 839
Suzy Creamcheese (Canada) Ltd. v. The Queen.....	92 D.T.C. 6291	204
Sweet v. Parsley	[1970] A.C. 132.....	469
Symes v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 695.....	157, 203
Syndicat canadien de la Fonction publique c. Société Radio-Canada	[1991] 2 C.F. 455	676
Syndicat des communications graphiques local 41-M c. Journal de Montréal	[1994] R.D.J. 456	606

T

Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	[1991] 2 R.C.S. 22.....	561
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Com- mission)	[1991] 2 S.C.R. 22.....	561
Thibaudeau v. Canada.....	[1995] 2 S.C.R. 627.....	521
Thomson v. Thomson	[1994] 3 S.C.R. 551.....	1021
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du com- merce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	854

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425.....	854
Tibbs v. Florida	457 U.S. 31 (1982).....	696
Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital	[1994] 1 S.C.R. 114.....	437
Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital	[1994] 1 R.C.S. 114.....	437
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15.....	[1997] 1 S.C.R. 487.....	1097, 1107
Toronto College Park Ltd. v. Canada	[1998] 1 S.C.R. 183.....	152, 199
Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine.....	[1985] 1 R.C.S. 494.....	959
Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 494.....	959
Towner c. Constructions H. Rodrigue inc.....	[1991] R.J.Q. 381	606
Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.	[1990] 3 R.C.S. 1112.....	346, 389
Tremblay v. Daigle.....	[1989] 2 S.C.R. 530.....	534

U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	414, 729, 1004
U.F.C.W., Loc. 617P v. Royal Dressed Meats Inc. (Trustee of)....	(1989), 76 C.B.R. (N.S.) 86.....	36
Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada	[1975] 1 R.C.S. 178.....	408
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.....	[1993] 2 S.C.R. 316.....	1006, 1096, 1108
United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment	I.C.J. Reports 1980, p. 3	1030
United States v. Martinez	922 F.2d 914 (1991).....	696
United States v. Mendoza-Lopez.....	481 U.S. 828 (1987).....	726
United States v. Taylor	464 F.2d 240 (1972).....	696
United States v. Will.....	449 U.S. 200 (1980).....	12
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	478
United States of America v. Shephard.....	[1977] 2 S.C.R. 1067.....	683, 692
United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.	[1990] 3 S.C.R. 1112.....	346, 389
Université de la Colombie-Britannique c. Berg	[1993] 2 R.C.S. 353.....	414, 1017
University Hospital v. Service Employees International Union, Lo- cal 333 U.H.....	(1986), 46 Sask. R. 19.....	1088, 1112
University of British Columbia v. Berg.....	[1993] 2 S.C.R. 353.....	414, 1017

V

Valin v. Langlois	(1879), 3 S.C.R. 1.....	652, 677
Vallambrosa Rubber Co. v. Farmer.....	(1910), 5 T.C. 529	156
Verdun c. Banque Toronto-Dominion	[1996] 3 R.C.S. 550.....	41
Verdun v. Toronto-Dominion Bank.....	[1996] 3 S.C.R. 550.....	41
Vetter v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	(1994), 89 F.T.R. 17.....	1013
Vetter c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	(1994), 89 F.T.R. 17.....	1013
Vina-Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue	[1968] S.C.R. 193.....	815
Vriend v. Alberta.....	[1998] 1 S.C.R. 493.....	948

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
W		
Wallace v. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 701.....	41
West Kootenay Power and Light Co. v. Canada.....	[1992] 1 F.C. 732.....	158
Westfair Foods Ltd. v. Canada.....	[1991] 1 C.T.C. 146.....	209
Williams v. Canada.....	[1992] 1 S.C.R. 877.....	1171, 1189
Williams v. Irvine.....	(1893), 22 S.C.R. 108.....	1212
Wilson c. La Reine.....	[1983] 2 S.C.R. 594.....	710
Wilson v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 594.....	710
Winter v. Canada.....	[1991] 1 F.C. 585.....	781
Woodward Stores Ltd. v. The Queen.....	91 D.T.C. 5090.....	204
Y		
Yakus v. United States.....	321 U.S. 414 (1944).....	724
Year Book.....	8 Hen. 6, 19b.....	12
Yuen v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1994] F.C.J. No. 1045 (QL).....	1013
Yuen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1994] A.C.F. n° 1045 (QL).....	1013

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
B		art. 918.....	220
Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3		Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25	
s. 121(1).....	27	art. 477, para 1	591
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3		Constitution Act, 1867	
s. 67(1).....	91	s. 92(10)(a)	322
s. 71.....	91	s. 92A.....	322
C		Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6	
Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2		Art. 1F.....	982
s. 322.1.....	877	Art. 33.....	982
Canadian Charter of Rights and Freedoms		Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
s. 1.....	439, 493, 877	s. 21(1).....	244
s. 2(b).....	439, 877	s. 34(2).....	123
s. 7.....	244, 1128	s. 298.....	439
s. 8.....	51, 841	s. 299.....	439
s. 11(d).....	1128	s. 300.....	439
s. 15(1).....	493, 1128	s. 638.....	1128
s. 24(1).....	244	s. 649.....	1128
s. 24(2).....	51	s. 686(1)(b)(iii)	77, 320
s. 32(1).....	493, 841	s. 691(2).....	1207
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6		E	
s. 13(1).....	626	Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137	
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12		s. 7(5).....	27
s. 3.....	591	s. 40(1).....	27
s. 5.....	591	s. 40(7).....	27
s. 9.1.....	591	s. 40a.....	27
s. 49.....	591	Employment Standards Amendment Act, 1981, S.O. 1981, c. 22	
Civil Code of Lower Canada		s. 2(3).....	27
art. 409.....	220	Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141	
art. 891.....	220	s. 17.....	706
		s. 146(1a).....	706

	PAGE		PAGE
F		P	
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7		Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94.....	3
s. 3.....	626	Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, c. 36	
s. 44.....	626	s. 20(b)(i).....	91
I		Planning Act, R.S.A. 1980, c. P-9	
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2		s. 81(1).....	737
s. 2(1) "Convention refugee".....	982	s. 154.....	737
s. 19(1)(c).....	982	s. 155.....	737
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148		Proceedings Against the Crown Act, R.S.M. 1987, c. P140.....	1074
s. 87(2.1).....	795	Provincial Court Judges Act, S.A 1981, c. P-20.1	
s. 111(1).....	795	s. 17(1).....	3
s. 111(5).....	795	S	
Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)		Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10	
s. 12(1)(x).....	196	s. 1 "consumer".....	1161
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63		s. 1 "purchaser".....	1161
s. 9(1).....	147, 183, 196	s. 1 "retail sale".....	1161
s. 18(1).....	147, 183	s. 4.....	1161
s. 18(9).....	147, 183	s. 5.....	1161
s. 56(2).....	770	s. 8.....	1161
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5		s. 16.....	1161
s. 87.....	1161	Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26	
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2		s. 65.1.....	1074
preamble.....	493	T	
s. 2(1).....	493	Taxation Act, R.S.Q., c. I-3	
s. 3.....	493	s. 646.....	220
s. 4.....	493	s. 652.....	220
s. 7.....	493	s. 663.....	220
s. 8.....	493		
s. 10.....	493		
s. 16(1).....	493		
Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. I.11			
s. 10.....	27		
s. 17.....	27		
N			
National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7			
s. 2.....	322		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
Charte canadienne des droits et libertés		art. 1F.....	982
art. 1.....	439, 493, 877	art. 33.....	982
art. 2(b).....	439, 877		
art. 7.....	244, 1128	E	
art. 8.....	51, 841	Employment Standards Amendment Act, 1981, S.O. 1981, ch. 22	
art. 11(d).....	1128	art. 2(3).....	27
art. 15(1).....	493, 1128		
art. 24(1).....	244	I	
art. 24(2).....	51	Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2	
art. 32(1).....	493, 841	préambule.....	493
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12		art. 2(1).....	493
art. 3.....	591	art. 3.....	493
art. 5.....	591	art. 4.....	493
art. 9.1.....	591	art. 7.....	493
art. 49.....	591	art. 8.....	493
Code civil du Bas Canada		art. 10.....	493
art. 409.....	220	art. 16(1).....	493
art. 891.....	220		
art. 918.....	220	L	
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6	
art. 21(1).....	244	art. 13(1).....	626
art. 34(2).....	123	Loi constitutionnelle de 1867	
art. 298.....	439	art. 92(10)(a).....	322
art. 299.....	439	art. 92A.....	322
art. 300.....	439	Loi d'interprétation, L.R.O. 1990, ch. I.11	
art. 638.....	1128	art. 10.....	27
art. 649.....	1128	art. 17.....	27
art. 686(1)(b)(iii).....	77, 320	Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5 ^e suppl.)	
art. 691(2).....	1207	art. 12(1)(x).....	196
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25			
art. 477, al. 1.....	591		
Convention relative au statut des réfugiés, R.T. Can. 1969 n ^o 6			

	PAGE		PAGE
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63		art. 1 «consommateur»	1161
art. 9(1)	147, 183, 196	art. 1 «acheteur»	1161
art. 18(1)	147, 183	art. 1 «vente au détail»	1161
art. 18(9)	147, 183	art. 4	1161
art. 56(2)	770	art. 5	1161
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C.1952, ch. 148		art. 8	1161
art. 87(2.1)	795	art. 16	1161
art. 111(1)	795	Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3	
art. 111(5)	795	art. 646	220
Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2		art. 652	220
art. 322.1	877	art. 663	220
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2		Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5	
art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention»	982	art. 87	1161
art. 19(1)c)	982	Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137	
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7		art. 7(5)	27
art. 2	322	art. 40(1)	27
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7		art. 40(7)	27
art. 3	626	art. 40a	27
art. 44	626	Loi sur les procédures contre la Couronne, L.R.M. 1987, ch. P140	1074
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26			
art. 65.1	1074	P	
Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3		Payment to Provincial Judges Amendment Regu- lation, Alta. Reg. 116/94	3
art. 121(1)	27	Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, ch. 36	
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3		art. 20b(i)	91
art. 67(1)	91	Planning Act, R.S.A. 1980, ch. P-9	
art. 71	91	art. 81(1)	737
Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1980, ch. 141		art. 154	737
art. 17	706	art. 155	737
art. 146(1a)	706	Provincial Court Judges Act, S.A 1981, ch. P-20.1	
Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B. 1973, ch. S-10		art. 17(1)	3

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Ackerman, Bruce. "The Rise of World Constitutionalism" (1997), 83 <i>Va. L. Rev.</i> 771	563
Alberta. <i>Our Commitment to Human Rights: The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel</i> . Edmonton: Alberta Community Development, 1995.....	507
<i>Alberta Hansard</i> , November 22, 1972, at p. 80-63.....	505
Alberta Human Rights Review Panel. <i>Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta</i> . Edmonton: The Panel, 1994	507
Ansolabehere, Stephen, and Shanto Iyengar. "Of Horseshoes and Horse Races: Experimental Studies of the Impact of Poll Results on Electoral Behavior", <i>Political Communication</i> , vol. 11, No. 4, 1994, 413-430	889
Association du Barreau canadien. Committee on Imprisonment and Release. <i>Locking up Natives in Canada: A Report of the Committee of the Canadian Bar Association on Imprisonment and Release</i> . Ottawa: L'Association, 1988	1158
Australian Capital Territory. Community Law Reform Committee. <i>Defamation Report</i> . Canberra: The Committee, 1995	473
Balkin, Rosalie P., and J. L. R. Davis. <i>Law of Torts</i> , 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1996.....	432
Bartlett, Richard H. <i>Indians and Taxation in Canada</i> , 3rd ed. Saskatoon: Native Law Centre, University of Saskatchewan, 1992	1174
Bassiouni, M. Cherif. "Critical Reflections on International and National Control of Drugs" (1990), 18 <i>Denv. J. Int'l L. & Pol'y</i> 311	1043
Bassiouni, M. Cherif, ed. <i>International Criminal Law</i> , vol. 1, <i>Crimes</i> . Dobbs Ferry, N.Y.: Transnational Publishers, 1986	1033, 1055
Beatty, David M. <i>Constitutional Law in Theory and Practice</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1995	577
Beatty, David M. "Law and Politics" (1996), 44 <i>Am. J. Comp. L.</i> 131	567
Beatty, David M., ed. <i>Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective</i> . Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1994	563
Bickel, Alexander M. <i>The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics</i> , 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986	563
Black, William. "Vriend, Rights and Democracy" (1996), 7 <i>Constitutional Forum</i> 126	567
<i>Black's Law Dictionary</i> , 5th ed. By Henry Campbell Black. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "layoff"	1112
Brière, Germain. <i>Précis du droit des successions</i> , 3 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993	232

British Columbia. Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry. <i>Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry</i> . Victoria: The Inquiry, 1993	1159
Brown, Donald J. M. and David M. Beatty. <i>Canadian Labour Arbitration</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf).....	1088
Buckwold, Tamara M., and Ronald C. C. Cuming. "The <i>Personal Property Security Act</i> and the <i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> : Two Solitudes or Complementary Systems?" (1997), 12 <i>Banking & Finance L. Rev.</i> 467	106
Burton, William C. <i>Legal Thesaurus</i> , 2nd ed. Toronto: Maxwell Macmillan Canada, 1992.....	1138
Bushnell, Ian. <i>The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1997	657
Cameron, Jamie. "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the <i>Charter</i> " (1997), 35 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 1.....	487, 969
Canada. Comité des dépenses électorales. <i>Rapport du Comité des dépenses électorales</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.....	890
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 30. <i>Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal</i> . Ottawa: La Commission, 1983.....	63
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 24. <i>Les fouilles, les perquisitions et les saisies</i> . Ottawa: La Commission, 1984	63
Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. <i>Pour une démocratie électorale renouvelée: Rapport final</i> , vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1991	892, 947
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Par-delà les divisions culturelles: Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada</i> . Ottawa: La Commission, 1996.....	1158
Canada. Committee on Election Expenses. <i>Report of the Committee on Election Expenses</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1966.....	890
Canada. Conseil privé. <i>Livre blanc sur la réforme de la loi électorale</i> . Ottawa, 1986.....	890, 951
Canada. Correctional Service. Research Branch. <i>Homicide, Sex, Robbery and Drug Offenders in Federal Corrections: An End-of-1996 Review</i> . By Laurence L. Motiuk and Raymond L. Belcourt, January 1997	1038
Canada. Law Reform Commission. Report 24. <i>Search and Seizure</i> . Ottawa: The Commission, 1984.....	63
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 30. <i>Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement</i> . Ottawa: The Commission, 1983.....	63
Canada. Privy Council. <i>White Paper on Election Law Reform</i> . Ottawa, 1986	890, 951
Canada. Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. <i>L'ordinateur et la vie privée</i> . Ottawa: Information Canada, 1972.....	869
Canada. Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice. <i>Privacy and Computers</i> . Ottawa: Information Canada, 1972.....	869
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada</i> . Ottawa: The Commission, 1996	1158
Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. <i>Reforming Electoral Democracy: Final Report</i> , vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1991	892, 947
Canada. Sénat. Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. <i>Procédures</i> , fascicule n° 41, 6 mai 1993, aux pp. 41:14 et 41:15, 41:17 et 41:18	898
Canada. Sénat. <i>Débats du Sénat</i> , 29 avril 1993, p. 3117.....	949
Canada. Senate. <i>Debates of the Senate</i> , April 29, 1993, p. 3117.....	949

Canada. Senate. Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. <i>Proceedings</i> , Issue No. 41, May 6, 1993, pp. 41:14-41:15, 41:17-41:18	898
Canada. Service correctionnel. Direction de la recherche. <i>Délinquants condamnés pour un homicide, une infraction sexuelle, un vol qualifié ou une infraction liée à la drogue dans le système correctionnel fédéral: revue de fin d'année 1996</i> . Par Laurence L. Motiuk et Raymond L. Belcourt, janvier 1997	1038
Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. <i>An Examination of Recidivism in Relation to Offence Histories and Offender Profiles</i> . By Gayle Campbell. Ottawa: The Centre, August 1993	1039
Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. <i>Canadian Crime Statistics 1993</i> . Ottawa: The Centre, 1994.....	1037
Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. <i>Canadian Crime Statistics 1994</i> . Ottawa: The Centre, 1995.....	1038
Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. <i>Juristat</i> , vol. 14, No. 6, January 1994	1038
Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. <i>Juristat</i> , vol. 17, Nos. 8 and 9, 1997	1038
Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. <i>Étude sur la récidive en fonction des antécédents criminels et des profils des contrevenants</i> . Par Gayle Campbell. Ottawa: Le Centre, août 1993	1039
Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. <i>Juristat</i> , vol. 14, n° 6, janvier 1994	1038
Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. <i>Juristat</i> , vol. 17, nos 8 et 9, 1997	1038
Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. <i>Statistique de la criminalité au Canada 1993</i> . Ottawa: Le Centre, 1994	1037
Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. <i>Statistique de la criminalité au Canada 1994</i> . Ottawa: Le Centre, 1995	1038
Canadian Bar Association. Committee on Imprisonment and Release. <i>Locking Up Natives in Canada: A Report of the Committee of the Canadian Bar Association on Imprisonment and Release</i> . Ottawa: The Association, 1988	1158
Canadian Centre on Substance Abuse. <i>The Costs of Substance Abuse in Canada: Highlights</i> . A Cost Estimation Study by Eric Single et al. Ottawa: The Centre, 1996.....	1039
Cane, Peter. <i>An Introduction to Administrative Law</i> , 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.....	1009
Caron, Madeleine. «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne» (1978), 56 <i>Can. Bar Rev.</i> 197.....	598
Caron, Madeleine. «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne» (1978), 56 <i>R. du B. can.</i> 197.....	598
Carter-Ruck on Libel and Slander, 5th ed. By Peter F. Carter-Ruck and Harvey N. A. Starte. London: Butterworths, 1997.....	465
Centre canadien de lutte contre l'alcoolisme et les toxicomanies. <i>Les coûts de l'abus de substances au Canada: Points saillants</i> . Une étude sur l'estimation des coûts par Eric Single et autres. Ottawa: Le Centre, 1996	1039
Chan, Wendy. «A Feminist Critique of Self-Defense and Provocation in Battered Women's Cases in England and Wales» (1994), 6 <i>Women & Crim. Just.</i> 39.....	143
Chevrette, François. «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit» (1987), 21 <i>R.J.T.</i> 461	603
Christie, Innis, Geoffrey England and Brent Cotter. <i>Employment Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1993	42
Clerk, John Frederic, and William Harry Barber Lindsell. <i>Clerk & Lindsell on Torts</i> , 13th ed. Common Law Library No. 3. London: Sweet & Maxwell, 1969	431

<i>Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees</i> , vol. III, <i>The Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons</i> , 2-25 July 1951, Geneva, Switzerland. Compiled by Alex Takkenberg and Christopher C. Tahbaz. Amsterdam: Dutch Refugee Council, 1989.....	1034
Comtois, Roger. «L'exécuteur testamentaire» (1967), 2 <i>R.J.T.</i> 533	235
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "affairs"	834
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990	40
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991	40
Cromwell, T. A. "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada" (1995), 46 <i>S.C. L. Rev.</i> 1027	659
Cuming, Ronald C. C. "Canadian Bankruptcy Law: A Secured Creditor's Heaven" (1994), 24 <i>Can. Bus. L.J.</i> 17	110
de Smith, Stanley A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.....	13
Deleury, Édith, et Dominique Goubau. <i>Le droit des personnes physiques</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997	614
Delisle, R. J. Annotation to <i>R. v. Hoffman</i> (1994), 32 C.R. (4th) 396.....	81
Delisle, Ronald Joseph. <i>Evidence: Principles and Problems</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993	693
Delisle, Ronald Joseph. "Evidence — Tests for Sufficiency of Evidence: <i>Mezzo v. The Queen</i> " (1987), 66 <i>Can. Bar Rev.</i> 389.....	693
Delisle, Ronald Joseph. «Evidence — Tests for Sufficiency of Evidence: <i>Mezzo v. The Queen</i> » (1987), 66 <i>R. du B. can.</i> 389	693
Dickerson, Robert W. V., John L. Howard and Leon Getz. <i>Proposals for a New Business Corporations Law for Canada</i> , vol. 1. Ottawa: Information Canada, 1971	827
Dickerson, Robert W. V., John L. Howard et Leon Getz. <i>Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes</i> , vol. 1. Ottawa: Information Canada, 1971.....	827
Dickson, R. G. B. "Keynote Address", in <i>The Cambridge Lectures 1985</i> . Montréal: Yvon Blais, 1985....	563
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983	41
Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., <i>The Province of Administrative Law</i> . Oxford: Hart Publishing, 1997, 279	1097
Ely, John Hart. <i>Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review</i> . Cambridge: Harvard University Press, 1980.....	577
Feasby, Colin C. J. "Public Opinion Poll Restrictions, Elections, and the <i>Charter</i> " (1997), 55(2) <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 241	888
Fishman, Clifford S. <i>Jones on Evidence: Civil and Criminal</i> , 7th ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Cooperative Publishing, 1992.....	695
<i>Gatley on Libel and Slander</i> , 9th ed. By Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1998	477
Gillies, Peter. <i>Law of Evidence in Australia</i> , 2nd ed. Sydney: Legal Books, 1991.....	695
Glenn, H. Patrick. «Le droit au respect de la vie privée» (1979), 39 <i>R. du B.</i> 879.....	598
Goodwin-Gill, Guy S. <i>The Refugee in International Law</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1996	1027
Grahl-Madsen, Atle. <i>The Status of Refugees in International Law</i> , vol. 1. Leyden, Netherlands: Sijthoff, 1966	1031

Grant, Isabel. "The 'syndromization' of women's experience". In Donna Martinson et al., "A Forum on Lavallee v. R.: Women and Self-Defence" (1991), 25 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 23, 51.....	142
Halsbury's Laws of England, vol. 1(1), 4th ed. (reissue). By Lord Hailsham of St. Marylebone. London: Butterworths, 1989.....	12
Hathaway, James C. <i>The Law of Refugee Status</i> . Toronto: Butterworths, 1991.....	1019
Herbst, Susan. <i>Numbered Voices: How Opinion Polling Has Shaped American Politics</i> . Chicago: University of Chicago Press, 1993.....	888
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf)....	356
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 1).....	653
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).....	913
Hogg, Peter W. "Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts" (1981), 30 <i>U.N.B.L.J.</i> 9.....	652
Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 75.....	565
Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. <i>Principles of Canadian Income Tax Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.....	165
Hogg, Peter W. and Mary Ellen Turpel. "Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues" (1995), 74 <i>Can. Bar Rev.</i> 187.....	1186
Hoy, Claire. <i>Margin of Error: Pollsters and the Manipulation of Canadian Politics</i> . Toronto: Key Porter Books, 1989.....	889
Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. <i>Search and Seizure Law in Canada</i> . Carswell: Toronto, 1993 (loose-leaf updated 1994, release 2).....	868
Iacobucci, Frank. "Canadian Corporation Law: Some Recent Shareholder Developments". In Nancy E. Eastham and Boris Krivy, eds., <i>The Cambridge Lectures 1981: Selected Papers Based upon Lectures Delivered at the Conference of the Canadian Institute for Advanced Legal Studies, 1981, held at Cambridge University, England, and l'Université Catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve, Belgium</i> . Toronto: Butterworths, 1982, 88.....	828
Iacobucci, Frank, and David L. Johnston. "The Private or Closely-held Corporation". In Jacob S. Ziegel, ed., <i>Studies in Canadian Company Law</i> , vol. 2. Toronto: Butterworths, 1973, 68.....	826
Ireland. Law Reform Commission. <i>Consultation Paper on the Crime of Libel</i> . Dublin: The Commission, 1991.....	473
Jackman, Martha. "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter" (1996), 34 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 661.....	567
Johnson, Sheri Lynn. "Black Innocence and the White Jury" (1985), 83 <i>Mich. L. Rev.</i> 1611.....	1139
Johnston, Richard, et al. <i>Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election</i> . Montreal: McGill-Queen's University Press, 1992.....	893
Jolin, Marc. <i>Les impôts sur le revenu et le décès</i> . Montréal: Association québécoise de planification successorale, 1978 (feuilles mobiles mises à jour en décembre 1994, envoi n° 19).....	236
Kayser, Pierre. <i>La protection de la vie privée</i> , 2 ^e éd. Paris: Économica, 1990.....	609
Khullar, Ritu. "Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination" (1998), 7 <i>N.J.C.L.</i> 221.....	571
Kindred, Hugh M., et al. <i>International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada</i> , 5th ed. Toronto: Edmond Montgomery, 1993.....	1026
Klar, Lewis N. <i>Tort Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.....	432

Knopff, Rainer, and F. L. Morton. <i>Charter Politics</i> . Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1992.....	564
Krishna, Vern. "Share Capital Structure of Closely-Held Private Corporations" (1996), 7 <i>Can. Curr. Tax J</i>	784
Krishna, Vern, and J. Anthony Van Duzer. "Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: <i>McClurg v. Canada</i> " (1992-93), 21 <i>Can. Bus. L.J.</i> 335.....	784
La Forest, Gerard V. <i>Water Law in Canada: The Atlantic Provinces</i> . Ottawa: Department of Regional Economic Expansion, 1973.....	367
Lachapelle, Guy. <i>Les sondages et les médias lors des élections au Canada: le pouls de l'opinion</i> . Ottawa: Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, 1991.....	891, 951
Lachapelle, Guy. <i>Polls and the Media in Canadian Elections: Taking the Pulse</i> . Ottawa: Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, 1991.....	891, 951
Laskin, Bora. <i>The British Tradition in Canadian Law</i> . London: Stevens, 1969.....	654
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 5th ed. Toronto: Butterworths, 1993.....	431
Linden, Allen M. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988.....	431
MacCrimmon, Marilyn. "The social construction of reality and the rules of evidence". In Donna Martinson et al., "A Forum on Lavallee v. R.: Women and Self-Defence" (1991), 25 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 23, 36.....	143
Mahoney, Martha R. "Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation" (1991), 90 <i>Mich. L. Rev.</i> 1.....	142
Mandel, Michael. <i>La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada</i> . Traduit de l'anglais par Hervé Juste. Québec: Boréal, 1996.....	564
Mandel, Michael. <i>The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada</i> . Toronto: Wall & Thompson, 1994.....	564
Maritimes Tax Reporter (loose-leaf). Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1993.....	1178
Mayrand, Albert. <i>Les successions ab intestat</i> . Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1971.....	233
McAllister, Ian, and Donley T. Studlar. "Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987", <i>Journal of Politics</i> , vol. 53, No. 3, August 1991, 720-41.....	893
<i>McCormick on Evidence</i> , vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1992.....	695
McDonnell, T. E. "Running Headlong into the GAAP (Again)" (1995), 43 <i>Can. Tax J.</i> 738.....	177
McKenzie, Diane. <i>Canadian Profile: Alcohol, Tobacco & Other Drugs</i> . Ottawa: Canadian Centre on Substance Abuse & Addiction Research Foundation of Ontario, 1997.....	1037
McKenzie, Diane. <i>Profil canadien: l'alcool, le tabac et les autres drogues</i> . Ottawa: Centre canadien de lutte contre l'alcoolisme et les toxicomanies & Fondation de la recherche sur la toxicomanie de l'Ontario, 1997.....	1037
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated November 1997).....	702
Mignault, Pierre Basile. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 3 et 4. Montréal: Théoret, 1897-1899.....	233
Monahan, Patrick. "A Theory of Judicial Review Under the Charter", in <i>Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada</i> . Toronto: Carswell, 1987, 97.....	577
Mullan, David J. <i>Administrative Law</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.....	727
Murphy, John F. "International Crimes". In Christopher C. Joyner, ed., <i>The United Nations and International Law</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 1997, 362.....	1063
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international</i> , Rés. AG 51/210, 16 janvier 1997, annexe, art. 2.....	1030, 1054

Nations Unies. Assemblée générale. <i>Déclaration politique et Programme d'action mondial sur la coopération internationale contre la production, l'offre, la demande, le trafic et la distribution illicites de stupéfiants et de substances psychotropes</i> , Rés. AG S-17/2, 23 février 1990, annexe, préambule, art. 1, 2, 8	1051
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies</i> , Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970, annexe.....	1058
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants</i> , Rés. AG 3452 (XXX), 9 décembre 1975, art. 2.....	1030, 1054
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées</i> , Rés. AG 47/133, 18 décembre 1992, art. 1(1), 8.....	1030, 1054
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international</i> , Rés. AG 49/60, 17 février 1995, annexe, art. 2.....	1054
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-deuxième session</i> , Doc. NU A/45/10, dans l' <i>Annuaire de la Commission du droit international 1990</i> , vol. II, Partie 2. New York: Nations Unies, 1993, 1.....	1070
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Rénover l'Organisation des Nations Unies: Un programme de réformes</i> , Doc. NU A/51/950, 14 juillet 1997.....	1049
Nations Unies. Assemblée générale. Résolution. <i>Action internationale contre la toxicomanie et la production et le trafic illicites de drogues</i> , Rés. AG 52/92, 26 janvier 1998.....	1053
Nations Unies. Assemblée générale. Résolution. <i>Campagne internationale contre le trafic des drogues</i> , Rés. AG 41/127, 4 décembre 1986.....	1050
Nations Unies. Assemblée générale. Résolution. <i>Stratégie internationale de lutte contre l'abus des drogues</i> , Rés. AG 36/168, 16 décembre 1981.....	1047
Nations Unies. Commission du droit international. <i>Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session</i> , 6 mai-26 juillet 1996. Document officiel de l'Assemblée générale — Cinquante et unième session, supplément n° 10, Doc. NU A/51/10.....	1063
Nations Unies. Conférence internationale sur l'abus et le trafic illicite des drogues. <i>Schéma multidisciplinaire complet pour les activités futures de lutte contre l'abus des drogues et Déclaration de la Conférence internationale sur l'abus et le trafic illicite de drogues</i> , Doc. NU A/CONF.133/12, pp. 3 et 90	1047
Nations Unies. Conférence pour l'adoption d'une convention contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes. <i>Acte final de la Conférence des Nations Unies pour l'adoption d'une convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes</i> , Doc. NU E/Conf.82/14.....	1048
Nations Unies. Conseil économique et social. Commission des stupéfiants. <i>Conséquences économiques et sociales de l'abus et du trafic illicite des drogues: Rapport intérimaire</i> , Doc. NU E/CN.7/1995/3, 9 novembre 1994.....	1040
Nations Unies. Conseil économique et social. Commission des stupéfiants. <i>Réduction de la demande illicite de drogues: Stratégies de prévention, y compris la participation communautaire — Situation mondiale en matière d'abus de drogues: Rapport du Secrétariat</i> , Doc. NU E/CN.7/1995/5, 10 janvier 1995.....	1040
Nations Unies. Conseil économique et social. <i>France: Amendement au texte du projet de Convention relative au statut de réfugiés</i> , Doc. NU E/L. 82, 29 juillet 1950.....	1025
Nations Unies. Conseil économique et social. Onzième session. Comité social. <i>Compte rendu analytique de la cent soixante-sixième séance tenue au Palais des Nations, à Genève, le lundi 7 août 1950</i> , Doc. NU E/AC.7/SR.166, 22 août 1950.....	1026

Nations Unies. Conseil économique et social. <i>Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions</i> , E/RES/1989/65, 24 mai 1989, art. 5	1071
Nations Unies. Haut Commissariat pour les réfugiés. <i>Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié</i> . Genève: HCNUR, 1992	1021
Nerson, R. <i>Les droits extrapatrimoniaux</i> . Paris: L.G.D.J., 1939	609, 620
Noonan, Sheila. "Strategies of Survival: Moving Beyond the Battered Woman Syndrome". In Ellen Adelberg and Claudia Currie, eds., <i>In Conflict with the Law: Women and the Canadian Justice System</i> . Vancouver: Press Gang Publishers, 1993, 247	142
<i>Nouveau Petit Robert</i> . Paris: Le Robert, 1996, "outrage", "outrager"	475
Nova Scotia. <i>Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations</i> , vol. 1. Halifax: The Commission, 1989	1158
Ontario. <i>Legislature of Ontario Debates</i> , 1st sess., 32nd Parl., June 4, 1981, pp. 1236-37	46
Ontario. <i>Legislature of Ontario Debates</i> , 1st sess., 32nd Parl., June 16, 1981, p. 1699	46
O'Byrne, Shannon K., and James F. McGinnis. "Case Comment: <i>Vriend v. Alberta: Plessy Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta</i> " (1996), 34 <i>Alta. L. Rev.</i> 892	544
Peacock, Anthony A., ed. <i>Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory</i> . Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 1996	564
Perret, Louis. «De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec» (1981), 12 <i>R.G.D.</i> 121	603
Pfeifer, Jeffrey E. "Reviewing the Empirical Evidence on Jury Racism: Findings of Discrimination or Discriminatory Findings?" (1990), 69 <i>Neb. L. Rev.</i> 230	1149
Planiol, Marcel, et Georges Ripert. <i>Traité pratique de droit civil français</i> , t. 5, 2 ^e éd. par André Trasbot et Yvon Loussouarn. Paris: L.G.D.J., 1957	239
Pothier, Dianne. "The Sounds of Silence: Charter Application when the Legislature Declines to Speak" (1996), 7 <i>Constitutional Forum</i> 113	533
Potvin, Louise. <i>La personne et la protection de son image: étude comparée des droits québécois, français et de la common law anglaise</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991	609, 614
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats: Commissions parlementaires</i> , 3 ^e sess., 32 ^e lég. Commission permanente de la justice, Étude des projets de loi nos 101, 219, 260, 254, 262, 269, 278, 221 et 86 — Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, 16 décembre 1982, n ^o 230, p. B-11609	604
Ravanas, J. <i>La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image</i> . Paris: L.G.D.J., 1978	621
Reiter, Robert Alan. <i>Tax Manual for Canadian Indians</i> . Edmonton: First Nations Resource Council, 1990	1186
Renke, Wayne N. "Case Comment: <i>Vriend v. Alberta: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice</i> " (1996), 34 <i>Alta. L. Rev.</i> 925	542
Roach, Kent. "Challenges for Cause and Racial Discrimination" (1995), 37 <i>Crim. L.Q.</i> 410	1146
Roach, Kent. <i>Constitutional Remedies in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1997, release 4)	572
Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In Robert J. Sharpe, ed. <i>Charter Litigation</i> . Toronto: Butterworths, 1987, 233	568
Rolle's Abridgment, vol. 2, 1668	12
Schneider, Elizabeth M. "Describing and Changing: Women's Self-Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering" (1992), 14 <i>Women's Rts. L. Rep.</i> 213	143

Shaffer, Martha. "The battered woman syndrome revisited: Some complicating thoughts five years after <i>R. v. Lavallee</i> " (1997), 47 <i>U.T.L.J.</i> 1	141
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated December 1997, release 5).....	666
Smyth, Jerome C. "Seizin in the Quebec Law of Successions" (1956-57), 3 <i>McGill L.J.</i> 171.....	233
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992.....	433, 683, 1156
Sroule, D. W., and Paul St-Denis. "The UN Drug Trafficking Convention: An Ambitious Step", in <i>Canadian Yearbook of International Law 1989</i> , vol. 27. Vancouver: Publication Centre, University of British Columbia, 1990, 263.....	1048
Stanton, K. M. <i>The Modern Law of Tort</i> . London: Sweet & Maxwell, 1994	432
Stephen, Sir James Fitzjames. <i>A History of the Criminal Law of England</i> , vol. 2. London: Macmillan, 1883	468
Stewart, David P. "Internationalizing The War on Drugs: The UN Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances" (1990), 18 <i>Denv. J. Int'l L. & Pol'y</i> 387.....	1047
Stubbs, Julie, and Julia Tolmie. "Race, Gender, and the Battered Woman Syndrome: An Australia Case Study" (1995), 8 <i>C.J.W.L.</i> 122.....	142
Sullivan, Ruth. <i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.....	30
Sullivan, Ruth. <i>Statutory Interpretation</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1997	30
Tanovich, David M. "Monteleone's Legacy: Confusing Sufficiency with Weight" (1994), 27 <i>C.R.</i> (4th) 174	693
Tanovich, David M., David M. Paciocco and Steven Skurka. <i>Jury Selection in Criminal Trials</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.....	1155
Tapper, Colin. <i>Cross and Tapper on Evidence</i> , 8th ed. London: Butterworths, 1995	695
Thomas, Richard B. "The Matching Principle: Legal Principle or a Concept?" (1996), 44 <i>Can. Tax J.</i> 1693	170
Toullier, Charles Bonaventure Marie. <i>Le droit civil français</i> , t. 4, 5 ^e éd. Paris: J. Renouard, 1830	233
Tracey, R. R. S. "Disqualified Adjudicators: The Doctrine of Necessity in Public Law", [1982] <i>Public Law</i> 628	13
<i>Traité de droit civil du Québec</i> , t. 5, par Hervé Roch. Montréal: Wilson & Lafleur, 1953.....	232
United Nations. Conference for the Adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances. <i>Final Act of the United Nations Conference for the Adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances</i> , UN Doc. E/Conf.82/14.....	1048
United Nations. Economic and Social Council. Commission on Narcotic Drugs. <i>Economic and Social Consequences of Drug Abuse and Illicit Trafficking: An Interim Report</i> , UN Doc. E/CN.7/1995/3, 9 November 1994.....	1040
United Nations. Economic and Social Council. Commission on Narcotic Drugs. <i>Reduction of Illicit Demand for Drugs: Prevention Strategies Including Community Participation — World situation with respect to drug abuse: Report of the Secretariat</i> , UN Doc. E/CN.7/1995/5, 10 January 1995.....	1040
United Nations. Economic and Social Council. Eleventh Session. Social Committee. Summary Record of the 166th Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on Monday, 7 August 1950, UN Doc. E/AC.7/SR.166, 22 August 1950.....	1026
United Nations. Economic and Social Council. <i>France: Amendment to the draft convention relating to the status of refugees</i> , UN Doc. E/L. 82, 29 July 1950.....	1025
United Nations. Economic and Social Council. <i>Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions</i> , E/RES/1989/65, 24 May 1989, Art. 5.....	1071

United Nations. General Assembly. <i>Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism</i> , GA Res. 49/60, 17 February 1995, Annex, Art. 2.....	1054
United Nations. General Assembly. <i>Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations</i> , GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970, Annex	1058
United Nations. General Assembly. <i>Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment</i> , GA Res. 3452 (XXX), 9 December 1975, Art. 2.....	1030, 1054
United Nations. General Assembly. <i>Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance</i> , GA Res. 47/133, 18 December 1992, Arts. 1(1), 8	1030, 1054
United Nations. General Assembly. <i>Declaration to Supplement the 1994 Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism</i> , GA Res. 51/210, 16 January 1997, Annex, Art. 2.....	1030, 1054
United Nations. General Assembly. <i>Political Declaration and Global Programme of Action on international co-operation against illicit production, supply, demand, trafficking and distribution of narcotic drugs and psychotropic substances</i> , GA Res. S-17/2, 23 February 1990, Annex, preamble, Arts. 1, 2, 8.....	1051
United Nations. General Assembly. <i>Renewing the United Nations: A Programme for Reform</i> , UN Doc. A/51/950, 14 July 1997.....	1049
United Nations. General Assembly. <i>Report of the International Law Commission on the work of its forty-second session</i> , UN Doc. A/45/10, in the <i>Yearbook of the International Law Commission 1990</i> , vol. II, Part Two. New York: United Nations, 1993, 1.....	1070
United Nations. General Assembly. Resolution. <i>International action to combat drug abuse and illicit production and trafficking</i> , GA Res. 52/92, 26 January 1998	1053
United Nations. General Assembly. Resolution. <i>International campaign against traffic in drugs</i> , GA Res. 41/127, 4 December 1986.....	1050
United Nations. General Assembly. Resolution. <i>International Drug Abuse Control Strategy</i> , GA Res. 36/168, 16 December 1981.....	1047
United Nations. International Conference on Drug Abuse and Illicit Trafficking. <i>Comprehensive Multidisciplinary Outline of Future Activities in Drug Abuse Control and Declaration of the International Conference on Drug Abuse and Illicit Trafficking</i> , UN Doc. A/Conf.133/12, pp. 3 and 88.....	1047
United Nations. International Drug Control Programme. <i>World Drug Report</i> . Oxford: Oxford University Press, 1997.....	1040
United Nations. International Law Commission. <i>Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session</i> , 6 May-26 July 1996. Official record of the General Assembly — Fifty-first Session, Supplement No. 10, UN Doc. A/51/10	1063
United Nations. Office of the High Commissioner for Refugees. <i>Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status</i> . Geneva: UNHCR, 1992	1021
United States. Department of Justice. Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics. <i>Drugs and Crime Facts, 1994</i> . Rockville, M.D.: U.S. Department of Justice, June 1995	1039
Vallières, Nicole. <i>La presse et la diffamation</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1985	606
Vidmar, Neil. "Pretrial prejudice in Canada: a comparative perspective on the criminal jury" (1996), 79 <i>Judicature</i> 249	1138
Waters, D. W. M. <i>Law of Trusts in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984	120
Welling, Bruce. <i>Corporate Law in Canada: The Governing Principles</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991	827
Williams, Glanville. <i>Criminal Law: The General Part</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961	468

Wright, Cecil A. "Res Ipsa Loquitur", in <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada (1955), Evidence</i> . Toronto: Richard de Boo, 1979, 103	434
Ziegel, Jacob S. "Personal Property Security and Bankruptcy: There Is No War! — A Reply to Roman and Sweatman" (1993), 72 <i>Can. Bar Rev.</i> 44	119

**Retail, Wholesale and Department Store
Union, Local 454 and Kelly
Hardy Appellants**

v.

Canada Safeway Limited Respondent

INDEXED AS: CANADA SAFEWAY LTD. v. RWDSU, LOCAL
454

File No.: 25356.

1998: January 27; 1998: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

*Labour relations — Constructive layoff — Scheduled
hours of work reduced — Actual hours worked not sub-
stantially reduced owing to call-in work — Whether a
constructive layoff occurred.*

The appellant employee's scheduled hours of work steadily declined but her actual hours of work did not change significantly because of "call-ins". She grieved her reduction in scheduled hours when employees junior to her in her former department were being scheduled for more hours than she was. The grievance alleged that the reduction in her scheduled hours violated the "most available hours clause" of the collective agreement which required that the assignment of part-time hours be on the basis of seniority "within the classification and department" if the employee's qualifications and ability met the requirements. The grievance requested scheduled hours in her former department. An arbitration board allowed the grievance and found that a constructive layoff had occurred. An application for judicial review of this decision was dismissed by the Court of Queen's Bench but an appeal to the Court of Appeal was allowed. At issue here is whether it is patently unreasonable to conclude that an employee whose actual hours of work remain constant, but whose scheduled hours are reduced, was constructively laid off.

**Syndicat des détaillants, grossistes et
magasins à rayons, section locale 454 et
Kelly Hardy Appellants**

c.

Canada Safeway Limited Intimée

RÉPERTORIÉ: CANADA SAFEWAY LTD. c. SDGMR,
SECTION LOCALE 454

N° du greffe: 25356.

1998: 27 janvier; 1998: 4 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

*Relations de travail — Mise à pied déguisée —
Réduction des heures normales de travail — Les heures
réelles de travail n'ont pas été réduites de façon sub-
stantielle en raison des rappels au travail — Y a-t-il eu
mise à pied déguisée?*

Les heures normales de travail de l'employée appelante ont diminué constamment, mais le nombre des heures réelles de travail n'a pas beaucoup changé en raison des «rappels au travail». Elle a formulé un grief au sujet de la réduction de ses heures normales de travail lorsque des employés qui avaient moins d'ancienneté qu'elle et qui étaient affectés au premier rayon où elle avait travaillé se sont vu attribuer plus d'heures normales de travail qu'elle. Le grief alléguait que la réduction de ses heures normales de travail violait la clause relative à l'attribution du «plus grand nombre d'heures» de la convention collective qui exigeait que l'attribution des heures de travail à temps partiel se fasse selon l'ancienneté «au sein de la catégorie d'emploi et du rayon» pourvu que l'employé ait les qualités et la capacité requises. Dans son grief, l'appelante réclamait des heures normales de travail dans son ancien rayon. Un conseil d'arbitrage a accueilli le grief et a conclu qu'il y avait eu mise à pied déguisée. Une demande de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée par la Cour du Banc de la Reine, mais un appel interjeté auprès de la Cour d'appel a été accueilli. Il s'agit en l'espèce de savoir s'il est manifestement déraisonnable de conclure qu'un employé dont les heures réelles de travail restent constantes, mais dont les heures normales de travail sont réduites, a été mis à pied de façon déguisée.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: Where labour relations tribunals are called upon to interpret or apply a collective agreement under the umbrella of a privative clause, a reviewing court can only intervene in the case of a patently unreasonable error. This very high standard is not easily met. If a Board purports to act in a manner that clearly exceeds its jurisdiction as set out in the empowering legislation, its decision is patently unreasonable. There are, as well, certain specific egregious errors which are so patently unreasonable that a Board decision should be set aside. For example, if the Board imposes a remedy that is not rationally connected to the breach or is inconsistent with the policy objective of the statute, or if the evidence adduced is incapable of supporting the findings.

The labour agreement did not define "layoff". As used in labour relations law, "layoff" refers to the denial of work to the employee and is used to describe an interruption of the employee's work short of termination. The employer-employee relationship is suspended but not terminated. If the employee continues to work substantially the same number of hours, his or her grievance is not a lay-off. Indeed, the question of whether a reduction of work short of cessation may be considered to be a "constructive layoff" did not need to be decided here because the grievor's hours of work were not reduced.

The situation should not be analogized to the legal concept of constructive dismissal which is very different from the concept of layoff. Constructive dismissal recognizes the fact that a drastic change in conditions of employment may be tantamount to terminating the employment relationship, entitling the employee to notice or damages in lieu of notice. Layoff simply refers to the temporary cessation of employment, for which damages are not available.

The Board failed to place sufficient emphasis on the terms of the collective agreement. Its finding that the grievor had the right to be scheduled because she had been constructively laid off — a concept not found in the collective agreement — resulted in a remedy being

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache: La cour de justice qui contrôle une décision bénéficiant de la protection d'une clause privative qu'a rendue un tribunal des relations de travail appelé à interpréter ou à appliquer une convention collective ne peut intervenir que s'il y a eu erreur manifestement déraisonnable. Il s'agit d'une norme très sévère à laquelle il n'est pas facile de satisfaire. Si un conseil d'arbitrage prétend agir d'une manière qui excède manifestement la compétence qui lui est conférée dans la loi habilitante, sa décision est manifestement déraisonnable. De même, certaines erreurs marquées particulières sont si manifestement déraisonnables que la décision du conseil doit être annulée. Par exemple, si le conseil accorde une réparation qui n'a pas de lien rationnel avec la violation ou qui est incompatible avec les objectifs visés par la loi ou si la preuve produite est incapable d'étayer les conclusions.

La convention collective de travail ne définit pas l'expression «mise à pied». Utilisée en droit des relations de travail, l'expression «mise à pied» renvoie au refus de fournir du travail à l'employé et désigne l'interruption du travail qui n'est pas une cessation d'emploi. La relation employeur-employé est suspendue mais non rompue. Si l'employé continue de travailler essentiellement le même nombre d'heures, il ne peut se plaindre d'une mise à pied. En effet, la question de savoir si une réduction du temps de travail sans cessation d'emploi peut être considérée comme une «mise à pied déguisée» n'a pas à être tranchée en l'espèce, puisque le nombre d'heures de travail de l'auteur du grief n'a pas été réduit.

Il ne convient pas d'établir une analogie entre cette situation et la notion juridique de licenciement déguisé qui est très différente de la notion de mise à pied. Le licenciement déguisé reconnaît le fait qu'une modification radicale des conditions d'emploi peut être l'équivalent d'une rupture de la relation employeur-employé, donnant à l'employé le droit d'être informé par avis ou de recevoir des dommages-intérêts tenant lieu d'avis. La mise à pied renvoie simplement à la cessation d'emploi temporaire qui n'ouvre pas droit à des dommages-intérêts.

Le conseil n'a pas accordé suffisamment d'importance aux modalités de la convention collective. Sa conclusion selon laquelle l'auteur du grief avait le droit d'obtenir des heures normales de travail parce qu'elle avait été mise à pied de façon déguisée — notion non

given for the scheduling grievance that was not specified in the agreement. This contradiction with the collective agreement was patently unreasonable.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The Board utilized the term "constructive lay-off" to recognize that, in some circumstances, because the employer/employee relationship is premised on mutuality and consent, an employer's unilateral conduct resulting in a serious disruption in the employer/employee relationship can give rise to an implicit layoff. It did not imply the creation of additional rights but rather the realization of actual rights. The Board's use of this term to describe what really occurred under the collective agreement assessed the reality of the workplace before it and gave effect to the parties' rights and responsibilities under the collective agreement. Its findings of a constructive layoff were closely linked to its interpretation of the collective agreement.

The Board's failure to find *bona fide* scheduling under the applicable provisions of the collective agreement supported its framing of the grievance in layoff terms. A mere scheduling grievance would not generally imply a layoff situation. The fact that the employer dramatically reduced the grievor's scheduled hours and yet continued to call her in to work approximately the same number of hours as she worked prior to the reduction implicitly indicated a lack of good faith on the employer's part. Therefore, the employer had done more than fail to post a schedule: it had effected a unilateral change to the employment relationship that caused a serious disruption and amounted, in substance, to a layoff. The grievor was consequently entitled to access her bumping rights.

The Board neither erred in its approach to the grievance at issue nor reached an unreasonable conclusion. Its findings of fact were uncontroverted and should not be interfered with, especially given its expertise in the area. The inferences and conclusions drawn were within the Board's jurisdiction and the reasons for them were spelled out. They were not arbitrary or frivolous, and were based on the evidence. As well, they were persuasive. The inherent and autonomous rationality of the Board's reasons should therefore be judicially recog-

prévée dans la convention collective — l'a conduit à accorder, pour un grief portant sur l'établissement des horaires, une réparation qui n'était pas mentionnée dans la convention. Cette contradiction avec la convention collective était manifestement déraisonnable.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Le conseil a employé l'expression «mise à pied déguisée» pour montrer que, dans certains cas, parce que la relation employeur-employé repose sur la mutualité et le consentement, l'action unilatérale de l'employeur qui entraîne une perturbation de la relation employeur-employé peut donner lieu à une mise à pied implicite. Cela n'impliquait pas la création de droits supplémentaires, mais plutôt la reconnaissance de droits existants. En employant ce qualificatif pour dépendre ce qui est vraiment arrivé au regard de la convention collective, le conseil a tenu compte de la réalité du milieu de travail en l'espèce et a donné effet aux droits et responsabilités des parties que prévoit la convention collective. La conclusion du conseil à l'existence d'une mise à pied déguisée était étroitement liée à son interprétation de la convention collective.

Le fait que le conseil ne puisse conclure que l'établissement des horaires en conformité avec les dispositions applicables de la convention collective se faisait de bonne foi lui a permis d'envisager le grief sous l'angle de la mise à pied. Un simple grief portant sur l'établissement des horaires n'a généralement rien à voir avec la mise à pied. Le fait que l'employeur a réduit de façon draconienne les heures normales de travail de l'auteur du grief tout en continuant de la rappeler au travail pour effectuer à peu près le même nombre d'heures qu'avant la réduction de ses heures de travail indiquait implicitement qu'il y avait mauvaise foi de la part de l'employeur. Par conséquent, celui-ci n'avait pas seulement négligé d'afficher un horaire, il avait effectué une modification unilatérale de la relation employeur-employé qui entraînait une perturbation grave et équivalait, essentiellement, à une mise à pied. L'auteur du grief pouvait donc faire valoir son droit d'évincer d'autres employés.

Le conseil n'a pas commis d'erreur dans son analyse du grief en question ni n'a tiré de conclusion déraisonnable. Ses conclusions de fait n'ont pas été contestées et elles ne devraient pas être modifiées, étant donné son expertise dans le domaine. Quant aux inférences et aux conclusions tirées par le conseil, celui-ci avait compétence pour ce faire. Les motifs qu'il a exposés pour les expliquer n'étaient ni arbitraires ni frivoles, et étaient fondés sur la preuve. Ils étaient également convaincants. La Cour doit donc respecter la rationalité inhérente et

nized here. To find no layoff here, and hence to find the Board's remedy to be patently unreasonable, amounts to substituting the Court's opinion for that of the Board. Even had the Board erred, that error would not be patently unreasonable.

The Board reasonably utilized the concept of "constructive" layoff in order to address the reality of the situation which it faced. This was not an attempt to change the commonly understood and generally accepted meaning of layoff or to convert a scheduling complaint into a matter of layoff. The Board was exercising its expertise in assessing the reality of the situation in light of the terms of the applicable collective agreement. Its finding that the employer's unilateral conduct caused a serious and impermissible disruption to the employment relationship was what was pertinent, and that finding entitled the grievor to access her bumping rights. This finding was based on more than a mere infringement of scheduling provisions. To construe the matter narrowly as no more than scheduling fails to take account of this finding.

The legal principle in *Royal Oak Mines Inc.* — that a board exceeds its jurisdiction if it imposes a remedy not rationally connected to the breach and its decision will therefore be patently unreasonable — is inapplicable here. An assessment of what is rationally connected must follow from the Board's definition of the breach and not the Court's opinion as to how the Board should have construed it. Given the reasonableness of the Board's findings, the remedy it granted was quite logical and provided for by the collective agreement. Consequently, the rationality of the remedy did not provide a basis for reviewing the Board's decision.

Cases Cited

By Cory and McLachlin JJ.

Considered: *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of*

autonome des motifs du conseil. Conclure qu'il n'y a pas eu mise à pied en l'espèce et que, par conséquent, la réparation accordée par le conseil était manifestement déraisonnable revient à substituer l'avis de la Cour à celui du conseil. Même si le conseil avait commis une erreur, ce ne serait pas une erreur manifestement déraisonnable.

Il était raisonnable de la part du conseil de recourir au concept de mise à pied «déguisée» pour caractériser la réalité de la situation devant lui. Il n'a pas cherché à changer le sens communément compris et accepté de la mise à pied ni à transformer une plainte concernant l'établissement des horaires en une question de mise à pied. Il s'est servi de ses connaissances spécialisées pour se prononcer sur ce qui s'est réellement passé, à la lumière des dispositions de la convention collective applicable. Ce qui comptait, c'était la conclusion que l'action unilatérale de l'employeur avait causé une perturbation grave et inadmissible de la relation employeur-employé, et cette conclusion donnait à l'auteur du grief le droit d'évincer d'autres employés. Cette conclusion n'était pas fondée uniquement sur un simple manquement aux dispositions relatives à l'établissement des horaires. Restreindre l'affaire à une simple question d'établissement d'horaire c'est méconnaître cette conclusion.

Le principe juridique établi dans l'arrêt *Royal Oak Mines Inc.* — selon lequel le tribunal administratif qui accorde une réparation n'ayant aucun lien rationnel avec le manquement reproché excède sa compétence et rend par conséquent une décision manifestement déraisonnable — ne s'applique pas en l'espèce. L'appréciation de ce qui représente un lien rationnel est subordonnée à la définition du manquement par le conseil et non à l'opinion de la Cour quant à la façon dont il aurait dû l'interpréter. Étant donné le caractère raisonnable des conclusions du conseil, la réparation qu'il a accordée était tout à fait logique et prévue par la convention collective. Il s'ensuit que la rationalité de la réparation ne pouvait être invoquée pour justifier le contrôle de la décision du conseil.

Jurisprudence

Citée par les juges Cory et McLachlin

Arrêts examinés: *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; **arrêts mentionnés:** *Canada (Procureur général) c.*

Canada, [1993] 1 S.C.R. 941; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America*, [1976] 1 S.C.R. 2; *University Hospital v. Service Employees International Union, Local 333 U.H.* (1986), 46 Sask. R. 19; *Re Benson & Hedges (Canada) Ltd. and Bakery, Confectionery and Tobacco Workers International Union, Local 325* (1979), 22 L.A.C. (2d) 361; *Battlefords and District Co-operatives Ltd. v. RWDSU, Local 544*, [1998] 1 S.C.R. 1118; *Re City of Edmonton and Energy and Chemical Workers Union, Local 829* (1984), 15 L.A.C. (3d) 137; *Re Cove Guest Home and C.B.R.T. & G.W.* (1988), 1 L.A.C. (4th) 42; *Re Colonial Cookies (Division of Beatrice Foods Inc.) and U.F.C.W., Loc. 617P* (1990), 13 L.A.C. (4th) 405; *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos.*, [1918] 1 K.B. 315; *Dauphinee v. Major Foods Ltd.* (1983), 56 N.S.R. (2d) 517, aff'd (1984), 62 N.S.R. (2d) 381; *Farquhar v. Butler Bros. Supplies Ltd.*, [1988] 3 W.W.R. 347; *Merilees v. Sears Can. Inc.* (1986), 24 B.C.L.R. (2d) 165, aff'd (1988), 24 B.C.L.R. (2d) 172.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Battlefords and District Co-operatives Ltd. v. RWDSU, Local 544, [1998] 1 S.C.R. 1118; *University Hospital v. Service Employees International Union, Local 333 U.H.* (1986), 46 Sask. R. 19, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xiii; *Canada Safeway Ltd. v. Carey* (1987), 65 Sask. R. 238; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369.

Statutes and Regulations Cited

Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 25.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed. By Henry Campbell Black. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "Layoff".

Alliance de la Fonction publique du Canada, [1993] 1 R.C.S. 941; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Air-Care Ltd. c. United Steel Workers of America*, [1976] 1 R.C.S. 2; *University Hospital c. Service Employees International Union, Local 333 U.H.* (1986), 46 Sask. R. 19; *Re Benson & Hedges (Canada) Ltd. and Bakery, Confectionery and Tobacco Workers International Union, Local 325* (1979), 22 L.A.C. (2d) 361; *Battlefords and District Co-operatives Ltd. c. SDGMR, section locale 544*, [1998] 1 R.C.S. 1118; *Re City of Edmonton and Energy and Chemical Workers Union, Local 829* (1984), 15 L.A.C. (3d) 137; *Re Cove Guest Home and C.B.R.T. & G.W.* (1988), 1 L.A.C. (4th) 42; *Re Colonial Cookies (Division of Beatrice Foods Inc.) and U.F.C.W., Loc. 617P* (1990), 13 L.A.C. (4th) 405; *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos.*, [1918] 1 K.B. 315; *Dauphinee c. Major Foods Ltd.* (1983), 56 N.S.R. (2d) 517, conf. (1984), 62 N.S.R. (2d) 381; *Farquhar c. Butler Bros. Supplies Ltd.*, [1988] 3 W.W.R. 347; *Merilees c. Sears Can. Inc.* (1986), 24 B.C.L.R. (2d) 165, conf. (1988), 24 B.C.L.R. (2d) 172.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Battlefords and District Co-operatives Ltd. c. SDGMR, section locale 544, [1998] 1 R.C.S. 1118; *University Hospital c. Service Employees International Union, Local 333 U.H.* (1986), 46 Sask. R. 19, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xiii; *Canada Safeway Ltd. c. Carey* (1987), 65 Sask. R. 238; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369.

Lois et règlements cités

Trade Union Act, R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 25.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed. By Henry Campbell Black. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, «Layoff».

Brown, Donald J. M. and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 1997, release 24).

Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy". In Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1996), 141 Sask. R. 213, 114 W.A.C. 213, [1996] S.J. No. 195 (QL), allowing an appeal from a judgment of Scheibel J. (1995), 132 Sask. R. 318, [1995] S.J. No. 246 (QL), dismissing an application for judicial review of an arbitration board (1994), 44 L.A.C. (4th) 325. Appeal dismissed, *L'Heureux-Dubé J.* dissenting.

Leila J. Gosselin and Larry W. Kowalchuk, for the appellants.

Larry B. LeBlanc, Q.C., for the respondent.

The following are the reasons delivered by

¹ L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — The issue in this case is whether the decision of the Board of Arbitrators (1994), 44 L.A.C. (4th) 325, to uphold the grievance filed by the appellant union on behalf of an employee of the respondent should be upheld. The same issue was dealt with in the companion case of *Battlefords and District Co-operatives Ltd. v. RWDSU, Local 544*, [1998] 1 S.C.R. 1118, heard at the same time, judgment delivered concurrently.

² I have read the reasons of my colleagues Justices Cory and McLachlin, who arrive at the conclusion that the interpretation by the Board of Arbitrators of the collective agreement in this case was patently unreasonable. While I adopt their view concerning the appropriate standard of review, I respectfully disagree with their application of this standard to the facts of this case, as well as with the ultimate conclusion they reach.

Brown, Donald J. M. and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 1997, release 24).

Dyzenhaus, David. «The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy». In Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1996), 141 Sask. R. 213, 114 W.A.C. 213, [1996] S.J. No. 195 (QL), qui a accueilli l'appel formé contre un jugement du juge Scheibel (1995), 132 Sask. R. 318, [1995] S.J. No. 246 (QL), rejetant une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un conseil d'arbitrage (1994), 44 L.A.C. (4th) 325. Pourvoi rejeté, le juge *L'Heureux-Dubé* est dissidente.

Leila J. Gosselin et Larry W. Kowalchuk, pour les appelants.

Larry B. LeBlanc, c.r., pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Il s'agit en l'espèce d'examiner s'il y a lieu de confirmer la décision du conseil d'arbitrage (1994), 44 L.A.C. (4th) 325, faisant droit au grief déposé par le syndicat appelant pour le compte d'une employée de l'intimée. La même question est examinée dans le pourvoi connexe *Battlefords and District Co-operatives Ltd. c. SDGMR, section locale 544*, [1998] 1 R.C.S. 1118, entendu simultanément et dans lequel jugement a été rendu en même temps que le présent pourvoi.

J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Cory et McLachlin, qui concluent que l'interprétation que le conseil d'arbitrage a donnée à la convention collective en l'espèce était manifestement déraisonnable. Bien que j'adopte leur point de vue quant à la norme de contrôle applicable, je ne puis, en toute déférence, être d'accord avec leur application de cette norme aux faits de la présente affaire ni avec la conclusion à laquelle ils arrivent.

I. The Board's Decision

The employee Ms. Hardy grieved the drastic reduction in her scheduled hours and the dramatic change to her employment relationship. In assessing this matter, the Board reviewed the collective agreement's scheduling provisions to find that the employer's conduct constituted a breach of Article A-1.01(2), which provides:

A-1.01 . . .

2. A weekly schedule of daily hours for part-time employees shall be posted by Thursday at 6:00 P.M. for the following week. . . .

It is complemented by Article A-1.04, the "most available hours" clause, which reads:

A-1.04 . . .

2. Effective March 23, 1986, in the scheduling of part-time employees in a store, the most available part-time hours of work on a weekly basis shall be assigned to such employees within the store within the classification and department on the basis of seniority provided the employee has the qualifications and ability to handle the work to be performed in a competent manner. . . .

4. Regular part-time employees will have their schedule for the following work week posted along with other employees in the store. . . .

This obligation on the employer to schedule part-time employees for the most available hours within a department on the basis of seniority is limited to department and job classification. But in the case of a "reduction" to part-time or layoff under Article 12.03, seniority governs an employee's right to access available hours across departments. This Article reads:

I. La décision du conseil

L'employée, M^{me} Hardy, a déposé un grief au sujet de la réduction draconienne de ses heures normales de travail et de la modification radicale de la relation employeur-employé. Pour trancher le grief, le conseil a examiné les dispositions de la convention collective ayant trait à l'établissement des horaires de travail pour conclure que la conduite de l'employeur allait à l'encontre du par. A-1.01(2), lequel prévoit:

[TRADUCTION]

A-1.01 . . .

2. Un tableau hebdomadaire des heures de travail quotidiennes des employés à temps partiel est affiché au plus tard le jeudi à 18 heures, pour la semaine suivante . . .

Cette disposition est complétée par l'art. A-1.04, soit la clause relative à l'attribution du [TRADUCTION] «plus grand nombre d'heures», ainsi libellée:

[TRADUCTION]

A-1.04 . . .

2. À compter du 23 mars 1986, lors de l'établissement de l'horaire de travail des employés à temps partiel d'un magasin, le plus grand nombre d'heures de travail à temps partiel chaque semaine est attribué aux employés du magasin, selon l'ancienneté au sein de la catégorie d'emploi et du rayon, pourvu que l'intéressé ait les qualités et la capacité requises pour exécuter le travail de façon compétente. . . .

4. L'horaire de travail des employés réguliers à temps partiel est affiché pour la semaine suivante, en même temps que celui des autres employés du magasin . . .

L'obligation pour l'employeur d'attribuer aux employés à temps partiel d'un service le plus grand nombre d'heures de travail à effectuer sur la base de leur ancienneté est limitée au service et à la catégorie d'emploi en question. Cependant, en cas de «réduction» au statut d'employé à temps partiel ou de mise à pied, l'article 12.03 prévoit que l'ancienneté régit le droit d'un employé de se voir attribuer des heures de travail dans tous les services. Cet article prévoit:

12.03 Full-time or part-time seniority as defined in 12.01 above shall govern in case of reduction to part-time, layoff and recall, providing the employee involved has the qualifications and ability to handle the work to be performed in a competent manner.

The Board emphasized that under these provisions there was no basis on which to distinguish between full and part-time employees' right to access this "bumping" provision.

4 As the dramatic reduction in scheduled hours failed to be justified by any legitimate reason such as a more senior employee receiving the available hours or no work being available for the employee, the Board concluded that Ms. Hardy was scheduled for far fewer hours than she would likely be required to work. Furthermore, it held that the employer's scheduling of hours at such a minimal level of one four-hour shift per week, even though the actual hours worked by Ms. Hardy remained consistently the same, stripped the obligation to schedule of any meaning and amounted to a breach of Article A-1.01(2).

5 On the basis of these findings of fact, as well as its interpretation of the collective agreement, the Board concluded at p. 336:

... since the employer has breached the scheduling provisions of the collective agreement in a manner that has resulted in a senior employee, the grievor, receiving substantially fewer scheduled hours while at the same time other junior staff were scheduled to work hours in positions that the grievor was qualified and able to have worked, a constructive lay-off has occurred.

II. Standard of Review

6 As to the standard of review, the decision of a Board of Arbitrators is protected by a "final and conclusive" privative clause and the issue is

[TRADUCTION]

12.03 L'ancienneté des employés à temps plein ou à temps partiel, définie à l'article 12.01 ci-dessus, s'applique en cas de réduction au statut d'employé à temps partiel, de mise à pied et de reprise du travail, pourvu que l'employé concerné ait les qualités et la capacité requises pour exécuter le travail de façon compétente.

Le conseil a souligné que, selon ces dispositions, rien ne justifiait d'établir une distinction entre le droit des employés à temps plein et celui des employés à temps partiel de se prévaloir de cette disposition permettant de «supplanter» d'autres employés.

Puisque la réduction spectaculaire des heures normales de travail n'était justifiée par aucune raison légitime, telle l'attribution des heures à effectuer à un employé ayant plus d'ancienneté ou le manque de travail pour l'intéressée, le conseil a conclu que M^{me} Hardy s'était vu attribuer bien moins d'heures normales de travail qu'elle serait probablement tenue d'effectuer. En outre, il a conclu que le fait que l'employeur ait prévu pour M^{me} Hardy aussi peu qu'un quart hebdomadaire de 4 heures de travail, bien que le nombre d'heures travaillées par M^{me} Hardy soit toujours demeuré le même, faisait perdre tout sens à l'obligation d'établir des horaires de travail et constituait une violation du par. A-1.01(2).

À la lumière de ces conclusions de fait et de son interprétation de la convention collective, le conseil a conclu, à la p. 336:

[TRADUCTION] ... puisque l'employeur a dérogé aux dispositions de la convention collective ayant trait à l'établissement des horaires de telle sorte qu'une employée ayant de l'ancienneté, l'auteur du grief, s'est vu attribuer beaucoup moins d'heures normales de travail, alors que d'autres employés ayant moins d'ancienneté se voyaient attribuer des heures de travail pour des tâches pour lesquelles l'auteur du grief avait les qualités et la capacité requises, il y a eu mise à pied déguisée.

II. La norme de contrôle

Quant à la norme de contrôle applicable, la décision d'un conseil d'arbitrage est protégée par une clause privative qui prévoit que cette décision est

squarely within the Board's expertise. Deference is clearly warranted and I agree with my colleagues that, since the Board was acting within its jurisdiction, the applicable test is patent unreasonableness. The question for this Court, then, is whether the Board's interpretation of the collective agreement and evidence before it is patently unreasonable.

III. Analysis

In order to determine whether the Board's decision is or is not reasonable, it is important to look closely at the Board's findings as regards the facts, the constructive layoff and collective agreement. I will discuss these findings of the Board in turn.

(a) *The Findings of Fact*

As my colleagues have set out the facts, I will only emphasize those factual findings of the Board which are relevant to the following discussion. The Board found that the grievor, Ms. Hardy, an exemplary employee of Safeway who originally had scheduled work of 37 hours per week, saw her scheduled hours fall to a single, 4-hour shift per week. While under this new company policy utilizing extensive call-ins Ms. Hardy's total hours of work changed very little, this is only because Ms. Hardy made herself available for, and accepted, call-ins from her employer. Under this policy, an employee not scheduled to work was expected to wait at home for call-ins which could arrive with as little notice as 15 minutes, or not at all. The Board noted that any refusal to accept a call-in would be noted and become a "black mark" on the employee's work record.

The issue before the Board, then, was whether the drastic reduction of Ms. Hardy's scheduled hours and the disruptive change it caused to her employment relationship gave rise to a situation whereby she was entitled to access and exercise her seniority rights as a part-time employee under

«définitive et péremptoire», et la question en litige relève directement de l'expertise du conseil. La retenue est nettement justifiée et je conviens avec mes collègues que, puisque le conseil agissait dans les limites de sa compétence, le critère applicable est celui du caractère manifestement déraisonnable. Il s'agit donc pour notre Cour de décider si l'interprétation que le conseil a donnée à la convention collective et à la preuve dont il était saisi est manifestement déraisonnable.

III. Analyse

Pour déterminer si la décision du conseil est raisonnable ou non, il est important d'examiner attentivement ses conclusions de fait, la mise à pied déguisée et la convention collective. J'analyse ces conclusions du conseil à tour de rôle.

a) *Les conclusions de fait*

Étant donné que mes collègues ont exposé les faits, je me contente de souligner les conclusions de fait du conseil qui sont pertinentes pour l'analyse qui suit. Le conseil a conclu que l'auteur du grief, M^{me} Hardy, qui était une employée modèle de Safeway, a vu ses heures normales de travail initiales, soit 37 heures par semaine, être ramenées à un seul quart hebdomadaire de quatre heures. Si après la mise en œuvre de la nouvelle politique de la compagnie, fortement axée sur les rappels au travail, le total des heures travaillées par M^{me} Hardy n'a guère changé, c'est uniquement parce qu'elle se tenait à la disposition de l'employeur, prête à rentrer au travail s'il la rappelait. Selon cette politique, en dehors de ses heures normales de travail, l'employé est censé attendre chez lui un appel pouvant survenir 15 minutes à l'avance seulement ou ne pas venir du tout. Le conseil note que le refus de rentrer au travail entraînait une [TRANSDUCTION] «mauvaise note» au dossier de l'employé.

Le conseil était donc appelé à juger si la réduction draconienne des heures normales de travail de M^{me} Hardy et le bouleversement de la relation employeur-employé qui s'ensuivait permettaient à celle-ci d'exercer ses droits d'ancienneté à titre d'employée à temps partiel en application de la

7

8

9

the collective agreement. Since the Board's findings of fact are closely linked to its findings of a constructive layoff in these circumstances, I will now turn to its treatment of the latter issue.

(b) *The Constructive Layoff*

10 The Board utilizes the term "constructive layoff" to recognize that, in some circumstances, because the employer/employee relationship is premised on mutuality and consent, an employer's unilateral conduct which results in a serious disruption in the employer/employee relationship can give rise to an implicit layoff. In other words, the Board held that the concept of constructive layoff refers to the situation where there is no formal layoff but, in fact, the employer's unilateral actions have amounted to a serious disruption of the employment relationship.

11 The Board relied on *University Hospital v. Service Employees International Union, Local 333 U.H.* (1986), 46 Sask. R. 19 (C.A.) (leave to appeal refused [1986] 1 S.C.R. xiii), for the proposition that a layoff occurs when the employment relationship is seriously disrupted. It also accepted, under *Canada Safeway Ltd. v. Carey* (1987), 65 Sask. R. 238 (Q.B.), that such a disruption cannot be implied as a result only of a failure to schedule.

12 Since the collective agreement provides no definition of layoff and refers only to seniority's prevailing in the case of "reduction to part-time, layoff and recall", the Board analyzed that notion in order to see whether the circumstances of this case amounted to a layoff. It is to be noted that the concept of layoff itself fails to be reflected by any consistent definition. As confirmed in Brown and Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (3rd ed. 1997 (loose-leaf)), at para. 6:2200, "the term 'layoff' is a flexible word which could reasonably bear several different meanings depending on the circumstances".

convention collective. Étant donné que les conclusions de fait du conseil sont étroitement liées à sa conclusion à l'existence d'une mise à pied déguisée dans les circonstances de l'espèce, j'examinerai maintenant la façon dont il traite cette dernière question.

b) *La mise à pied déguisée*

Le conseil emploie l'expression «mise à pied déguisée» pour montrer que, dans certains cas, parce que la relation employeur-employé repose sur la mutualité et le consentement, l'action unilatérale de l'employeur qui entraîne une perturbation de la relation employeur-employé peut donner lieu à une mise à pied implicite. En d'autres termes, le conseil d'arbitrage a jugé que le concept de mise à pied déguisée fait référence au cas où il n'y a pas mise à pied formelle mais où l'action unilatérale de l'employeur a entraîné une perturbation grave de la relation d'emploi.

Le conseil se fonde sur l'arrêt *University Hospital c. Service Employees International Union, Local 333 U.H.* (1986), 46 Sask. R. 19 (C.A.) (autorisation de pourvoi refusée [1986] 1 R.C.S. xiii), pour conclure qu'il y a une mise à pied lorsque la relation employeur-employé est gravement perturbée. Il est admis, vu la décision *Canada Safeway Ltd. c. Carey* (1987), 65 Sask. R. 238 (B.R.), qu'une telle perturbation ne peut s'inférer du seul manquement à l'obligation d'établir des horaires.

Étant donné que la convention collective ne définit pas la mise à pied et réfère uniquement au fait que l'ancienneté joue en cas de «réduction au statut d'employé à temps partiel, de mise à pied et de reprise du travail», le conseil a analysé cette notion pour voir si les circonstances de l'espèce équivalaient à une mise à pied. Il faut noter qu'il n'existe aucune définition uniforme de l'expression mise à pied. Ainsi que l'ont fait observer les auteurs Brown et Beatty dans *Canadian Labour Arbitration* (3^e éd. 1997 (feuilles mobiles)), au par. 6:2200, [TRADUCTION] «l'expression "mise à pied" est flexible et pourrait raisonnablement revêtir des sens différents selon les circonstances».

In its analysis, the Board rejected the proposition that a layoff must narrowly emerge from a cessation of work, from a denial of work to the employee. While this may be the typical situation underlying a layoff, the Board considered that there may be other special circumstances which warrant a finding of layoff. In the present case, the Board assessed the circumstances before it to reflect what, in its view, is the essence of layoff — a serious disruption to the employment relationship which affects seniority rights. As noted above, it cites Vancise J.A. in *University Hospital, supra*, for precisely this proposition. Therefore, the Board adopted an approach to layoff which focuses on a serious disruption in the employment relationship, rather than the typical situation involving a reduction of work hours. The rationale underlying its approach recognizes that to require, on the facts of this case, a significant reduction of hours for any finding of constructive layoff would encourage a formalistic approach to the diverse circumstances in which layoff could arise. The Board's approach to layoff allowed it to assess the reality of the situation beyond formal number of hours worked and to recognize that Ms. Hardy's hours remained the same only because she mitigated her situation well. The Board's broad approach to layoff, which it characterized as a constructive layoff, describes what it assessed to have really happened to the employee in this case.

In adopting this approach to layoff, the Board discussed the well-known concept of constructive dismissal from employment law, but did not ultimately assess or analogize the situation before it as such. It did not attempt to find a lesser form of constructive dismissal for its finding of constructive layoff. Instead, it utilized the term "constructive" to apply to a situation of layoff where, although there has been no formal reduction of hours, a layoff nonetheless arose. In other words, it was not the notion of constructive dismissal which the Board captured in its construing of layoff under the collective agreement, but rather the dynamic

Dans son analyse, le conseil a rejeté l'idée qu'il n'y a mise à pied qu'en cas de cessation d'emploi, de refus de fournir du travail à l'employé. Bien qu'il puisse s'agir du cas type de mise à pied, le conseil a jugé que d'autres circonstances spéciales pouvaient justifier de conclure à l'existence d'une mise à pied. En l'espèce, il considère que les circonstances qui lui sont soumises constituent ce qui est, à son avis, l'essence même de la mise à pied, soit une perturbation grave de la relation employeur-employé qui a une incidence sur les droits d'ancienneté. Je rappelle qu'il cite précisément à l'appui de cette proposition les motifs du juge Vancise de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *University Hospital*, précité. Par conséquent, le conseil retient une conception de la mise à pied centrée sur la perturbation grave de la relation employeur-employé plutôt que sur la situation type qui suppose une réduction des heures de travail. L'idée sous-jacente à cette approche est qu'exiger, vu les faits en l'espèce, une réduction substantielle du nombre d'heures pour conclure à la mise à pied déguisée, encouragerait une analyse formaliste des diverses circonstances dans lesquelles la mise à pied pourrait se produire. Cette façon d'aborder la mise à pied lui a permis de tenir compte de la situation réelle et d'aller au-delà du nombre des heures travaillées pour conclure que, si le nombre total des heures travaillées par M^{me} Hardy est resté le même, c'est uniquement parce qu'elle a composé avec la situation. Cette conception large de la mise à pied, qualifiée de mise à pied déguisée, reflète, selon le conseil, ce qui est vraiment arrivé à l'employée en l'espèce.

En adoptant cette conception de la mise à pied, le conseil a fait référence au concept du licenciement déguisé bien connu en droit du travail, sans pour autant y assimiler l'affaire dont il était saisi. Il n'a pas essayé de conclure à l'existence d'une forme atténuée de licenciement déguisé pour y raccrocher la mise à pied déguisée. Il a plutôt employé le qualificatif «déguisée» pour désigner une situation où, malgré l'absence d'une réduction des heures travaillées, il y a quand même eu mise à pied. En d'autres termes, ce n'est pas la notion du licenciement déguisé qu'il a retenue dans son interprétation de la mise à pied au regard de la con-

that unilateral actions can amount to a repudiation of the contract regardless of whether or not the employer intended to continue the employment relationship. Just as the development of “constructive dismissal” marked the judicial recognition that employers’ behaviour may be the cause of a termination, in defining the type of layoff as “constructive” on the facts before it, the Board recognized that unilateral changes to the employment relationship which cause a serious disruption may constitute a layoff, although there has not been a formal change and reduction in hours. The term “constructive” ultimately manifests the Board’s approach to layoff which recognizes that, regardless of formal appearances, the factual context is paramount in assessing labour realities. Therefore, depending on the circumstances, it may be appropriate to look beyond a formal number of hours worked and examine how these in fact are accrued, and their relation to the collective agreement.

15 In identifying a serious disruption in the employment relationship constitutive of a constructive layoff, despite the fact that there was no necessary accompanying decrease of hours worked, the Board recognized that Ms. Hardy’s hours remained the same only because she mitigated her situation well — she waited for and accepted call-ins. This determination of constructive layoff sought to identify and describe the reality of Ms. Hardy’s situation, and it was premised on what the Board assessed to be the controlling idea of layoff — a serious disruption to the employment relationship.

16 Therefore, in the present circumstances, the Board’s definition of layoff as a “constructive” layoff did not imply the creation of additional rights, but rather the realization of actual rights. The Board’s use of this term, to describe what really occurred to Ms. Hardy under the collective agreement, assessed the reality of the workplace

vention collective, mais plutôt la dynamique d’une action unilatérale qui peut équivaloir à une violation anticipée du contrat, peu importe que l’employeur ait voulu maintenir la relation employeur-employé ou non. Tout comme l’élaboration du concept du «licenciement déguisé» a marqué la reconnaissance judiciaire du fait que le comportement de l’employeur pouvait être la cause d’une cessation d’emploi, le conseil, en qualifiant de «déguisée» la mise à pied survenue en l’espèce, a reconnu que les changements apportés unilatéralement à la relation employeur-employé qui entraînent une perturbation grave peuvent constituer une mise à pied, bien qu’il n’y ait pas eu modification ni réduction formelle des heures travaillées. Le qualificatif «déguisée» traduit en dernière analyse l’approche du conseil en matière de mise à pied qui reconnaît que, abstraction faite des apparences formelles, le contexte factuel est de première importance pour saisir la réalité des relations du travail. Il s’ensuit que, selon les circonstances, il peut être indiqué d’aller au-delà du nombre formel des heures travaillées pour voir comment ces heures sont attribuées dans les faits et ce qu’elles représentent au regard de la convention collective.

En concluant à l’existence d’une perturbation grave de la relation employeur-employé équivalant à une mise à pied déguisée, malgré le fait qu’il n’y ait pas eu nécessairement diminution du nombre d’heures travaillées, le conseil reconnaît que les heures de M^{me} Hardy ne sont restées les mêmes que parce qu’elle a réussi à composer avec la situation en se tenant prête à rentrer au travail à la demande de l’employeur. La conclusion qu’il y a eu mise à pied déguisée visait à décrire la situation réelle de M^{me} Hardy et était fondée sur ce que le conseil estimait être l’idée dominante de la mise à pied, savoir une perturbation grave de la relation employeur-employé.

Par conséquent, dans les circonstances de l’espèce, qualifier la mise à pied de mise à pied «déguisée», n’implique pas la création de droits supplémentaires, mais plutôt la reconnaissance de droits existants. En employant ce qualificatif pour dépeindre ce qui est vraiment arrivé à M^{me} Hardy au regard de la convention collective, le conseil

before it and gave effect to the parties' rights and responsibilities under the collective agreement. The Board's findings of a constructive layoff are also closely linked to its interpretation of the collective agreement, to which I now turn.

(c) *The Collective Agreement*

With the understanding of constructive layoff outlined above, the Board then looked at how the employer's unilateral conduct had caused a serious disruption to the employment relationship, as defined by the collective agreement, such that Ms. Hardy was entitled to exercise her seniority rights. Central to this determination, was its finding that the employer had breached the collective agreement's scheduling provisions.

The Board found that the employer's scheduling of hours was so minimal that it stripped the obligation to schedule of any meaning and amounted to a breach of the collective agreement. This is evident in the following extract from its decision, at p. 336:

The board is of the view that the employer cannot schedule hours at such a minimal level as to deprive the obligation to schedule contained in art. A-1.01(2) of the collective agreement of any meaning. A reduction of scheduled hours to four per week when the grievor's average hours worked over the period in question was consistently in the range of 20 to 24 hours per week — and unchanged from the level of actual hours of work before the reduction in scheduled hours occurred — is a breach of art. A-1.01(2).

The Board's interpretation of Article A-1.01(2) of the collective agreement emphasizes not the employer's obligation to post merely a schedule by a certain time, but rather the nature of the schedule to be posted. In reviewing the scheduling provisions, it reasoned that the employer was required to determine what part-time hours were required in its operations and then schedule those hours in advance. In effect, the Board found that the employer was not really posting any schedule at all but simply relying on the regular call-ins. As noth-

tient compte de la réalité du milieu de travail en l'espèce et donne effet aux droits et responsabilités des parties que prévoit la convention collective. La conclusion du conseil à l'existence d'une mise à pied déguisée est également étroitement liée à son interprétation de la convention collective, que j'examinerai maintenant.

c) *La convention collective*

Ayant retenu la notion de mise à pied déguisée exposée ci-dessus, le conseil s'est ensuite demandé de quelle façon l'action unilatérale de l'employeur avait gravement perturbé la relation employeur-employé, au sens de la convention collective, au point que M^{me} Hardy avait le droit d'exercer ses droits d'ancienneté. L'élément central de cette analyse est la conclusion que l'employeur a violé les dispositions de la convention collective concernant l'établissement des horaires.

Le conseil d'arbitrage a conclu que l'horaire arrêté par l'employeur comportait si peu d'heures que l'obligation d'établir des horaires se trouvait dénuée de tout sens, ce qui équivalait à une violation de la convention collective. C'est ce qui ressort clairement du passage suivant de sa décision, à la p. 336:

[TRADUCTION] Le conseil estime que l'employeur ne peut inscrire à l'horaire si peu d'heures qu'il fait perdre tout sens à l'obligation d'établir des horaires prévue par le par. A-1.01(2) de la convention collective. La réduction des heures normales de travail à quatre heures par semaine, alors que l'auteur du grief travaillait régulièrement 20 à 24 heures en moyenne par semaine — soit le même nombre d'heures qu'avant la réduction — constitue une violation du par. A-1.01(2).

L'interprétation faite par le conseil du par. A-1.01(2) de la convention collective met l'accent non pas sur l'obligation de l'employeur d'afficher un horaire de travail dans un délai donné, mais plutôt sur la nature de l'horaire à afficher. Après avoir examiné les dispositions relatives à l'établissement des horaires, il a conclu que l'employeur était tenu de déterminer les heures de travail à temps partiel nécessaires à l'exploitation de son entreprise et de les inscrire à l'horaire. En fait, le conseil a jugé que l'employeur n'affichait pas vraiment un

17

18

ing that could be called a real schedule was posted, the employer failed to meet its obligation. Therefore, the Board interpreted the obligation undertaken under Article A-1.01(2) of the collective agreement to include both posting and scheduling elements.

19 In reaching this interpretation of the scheduling obligation, the Board sought to give real effect to the employment relationship's rights and obligations, and to provide an interpretation that was consistent with the intention contemplated by both parties. In refusing to interpret the scheduling provision narrowly as no more than a posting obligation, the Board aimed to reflect the employee's expectation under the collective agreement that a genuine schedule, which provided notification of available hours, would be posted.

20 Beyond a breach of the scheduling provisions, the Board based its finding of constructive layoff on the nature of the employer's conduct. It assessed the matter as follows, at pp. 332-33, 335, 336 and 337:

While it is agreed that a lack of or reduction in scheduling of a part-time employee does not of itself lead to the conclusion that a lay-off has occurred, in this case the employer has dramatically reduced the grievor's scheduled hours but at the same time has called her in to work approximately the same number of hours as prior to the reduction in scheduled hours.

... the fact that the grievor's scheduled hours were dramatically reduced while her actual hours remained the same leads inexorably to the conclusion that the grievor was scheduled for far fewer hours than were reasonably likely to be required to be work.

This Board therefore finds that, since the employer has breached the scheduling provisions of the collective

horaire mais s'en remettait simplement aux rappels au travail, lancés de façon régulière. Comme il n'a rien affiché qu'on puisse qualifier d'horaire, l'employeur a manqué à son obligation. Selon le conseil, l'obligation contractée sous le régime du par. A-1.01(2) de la convention collective porte donc à la fois sur l'affichage de l'horaire et sur son établissement.

Par cette façon de concevoir l'obligation d'établir des horaires, le conseil cherchait à donner un effet réel aux droits et obligations issus de la relation employeur-employé et à en arriver à une interprétation conforme à la volonté de l'une et l'autre parties. En refusant d'interpréter restrictivement la disposition relative à l'établissement des horaires, de la réduire à une simple obligation d'affichage, le conseil a voulu refléter l'attente de l'employée, en application de la convention collective, à ce que soit affiché un véritable horaire assurant la notification des heures de travail à effectuer.

Outre la violation des dispositions relatives à l'établissement des horaires, le conseil, pour conclure à l'existence d'une mise à pied déguisée, se fonde sur la nature de la conduite de l'employeur, qu'il analyse aux pp. 332 et 333, 335, 336 et 337:

[TRADUCTION] Il est entendu que la non-attribution d'heures normales de travail ou la réduction des heures normales de travail d'un employé à temps partiel ne permettent pas à elles seules de conclure qu'il y a eu mise à pied, mais en l'espèce, l'employeur a réduit de façon draconienne les heures normales de travail de l'auteur du grief, tout en la rappelant au travail à peu près pour le même nombre d'heures qu'elle faisait avant cette réduction.

... le fait que les heures normales de l'auteur du grief aient été réduites de façon draconienne, alors que le total des heures qu'elle travaillait est resté le même dans les faits, conduit inexorablement à conclure que le nombre des heures normales de travail qui lui était attribué était bien inférieur au nombre des heures devant raisonnablement être effectuées.

Le conseil conclut donc que, puisque l'employeur a dérogé aux dispositions de la convention collective

agreement in a manner that has resulted in a senior employee, the grievor, receiving substantially fewer scheduled hours while at the same time other junior staff were scheduled to work hours in positions that the grievor is qualified and able to have worked, a constructive lay-off has occurred. . . .

The grievor is therefore entitled to the benefits provided under the collective agreement as a result of her seniority in the context of a lay-off. In the board's view, this will mean that the grievor ought to be scheduled to work in those positions in which she is qualified and able in preference to junior staff. [Emphasis added.]

In other words, in the Board's view, Ms. Hardy was entitled to exercise her seniority rights because of the manner in which the employer had breached the scheduling provisions and the fact that there were junior employees that could be bumped.

Indeed, as noted above, the Board's finding of a constructive layoff took into account how there was an implicit lack of good faith on the part of the employer in creating and posting a schedule. It specifically noted that Ms. Hardy had been scheduled for far fewer hours than she would be required to work, and the lack of scheduling failed to be explained by any legitimate reason under the collective agreement. The relevance of this factor is evident in *University Hospital, supra*, where Vancise J.A. buttressed his finding of no layoff (where the employer had unilaterally reduced all part-time employee hours by fifteen minutes) by the fact that the employer's requirements for part-time employees was determined as 'bona fide' and in accordance with the collective agreement. It is precisely this *bona fide* determination and scheduling under the applicable provisions of the collective agreement set out above, which the Board failed to find in this case and which supports its framing of the grievance in layoff terms. Recognizing that a mere scheduling grievance would not generally imply a layoff situation, the Board determined, on the factual circumstances before it, that, while the employer dramatically reduced Ms. Hardy's scheduled hours, it continued to call her in to work approximately the same number of hours

ayant trait à l'établissement des horaires de telle sorte qu'une employée ayant de l'ancienneté, l'auteur du grief, s'est vu attribuer beaucoup moins d'heures normales de travail, alors que d'autres employés ayant moins d'ancienneté se voyaient attribuer des heures de travail pour des tâches pour lesquelles l'auteur du grief avait les qualités et la capacité requises, il y a eu mise à pied déguisée. . .

En conséquence l'auteur du grief a droit aux avantages prévus par la convention collective en raison de son ancienneté dans les cas de mise à pied. Selon le conseil, cela signifie que l'auteur du grief doit obtenir des heures normales de travail pour effectuer les tâches pour lesquelles elle a les qualités et la capacité requises de préférence aux employés moins anciens. [Je souligne.]

En d'autres termes, le conseil est d'avis que M^{me} Hardy était en droit de faire valoir ses droits d'ancienneté à cause de la façon dont l'employeur avait violé les dispositions relatives à l'établissement des horaires, et parce qu'il y avait des employés ayant moins d'ancienneté qu'elle pouvait évincer.

En effet, ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, pour conclure à la mise à pied déguisée, le conseil a pris en compte la mauvaise foi implicite dont a fait preuve l'employeur dans l'établissement et l'affichage de l'horaire de travail. Il a noté tout particulièrement que le nombre d'heures normales de travail attribuées à M^{me} Hardy était bien inférieur au nombre d'heures qu'elle aurait à effectuer et qu'aucun motif légitime n'explique cette lacune sous le régime de la convention collective. La pertinence de ce facteur est évidente dans l'arrêt *University Hospital*, précité, où le juge Vancise de la Cour d'appel de la Saskatchewan a invoqué, à l'appui de sa conclusion qu'il n'y avait pas mise à pied (l'employeur avait unilatéralement réduit de 15 minutes la journée de travail de tous les employés à temps partiel), le fait que la demande de l'employeur pour le travail à temps partiel était jugée «de bonne foi» et conforme à la convention collective. En l'espèce, selon le conseil, c'est justement cet élément de bonne foi qui fait défaut dans la détermination des heures à effectuer et l'établissement des horaires en conformité avec les dispositions de la convention collective, et c'est cette lacune qui lui permet d'envisager le grief sous l'angle de la mise à pied. Tout en reconnaissant qu'un simple grief portant sur l'établissement des

as she worked prior to the reduction. Implicitly what the Board was saying is that this indicates a lack of good faith on the employer's part. Therefore, the employer had done more than fail to post a schedule: it had effected a unilateral change to the employment relationship that caused a serious disruption and amounted, in substance, to a layoff. In the Board's view, this gave Ms. Hardy the right to exercise her seniority rights under the collective agreement.

22

The Board also found it relevant that more junior employees were being scheduled in positions in which Ms. Hardy could have worked. In other words, it recognized that Ms. Hardy had bumping rights to exercise, and realize upon, in a situation of layoff.

23

In conclusion, the Board's approach reflects its interpretation of the collective agreement that where the employer "reduces" staff, it has an obligation to respect seniority rights. The Board found the employer's unilateral conduct had breached the collective agreement's scheduling provisions in a manner which gave rise to a layoff and which triggered seniority rights. It assessed the matter as more than a mere grievance of scheduling because of the serious disruption in the employment relationship which the employer's conduct created. The Board found, as a consequence, that where the employer sought to reduce its staff in order to maximize its flexibility in staffing, it could not do so in contravention of the collective agreement, which guaranteed bumping rights to Ms. Hardy as a result of the Board's finding of a constructive layoff. In short, as Ms. Hardy had been construc-

horaires n'a généralement rien à voir avec la mise à pied, le conseil a conclu, compte tenu des faits de l'espèce, que l'employeur avait réduit de façon draconienne les heures normales de travail de M^{me} Hardy, mais avait continué de la rappeler au travail pour effectuer à peu près le même nombre d'heures qu'avant la réduction. Implicitement, pour le conseil, il y avait mauvaise foi de la part de l'employeur. Par conséquent, celui-ci n'avait pas seulement négligé d'afficher un horaire, il avait effectué une modification unilatérale de la relation employeur-employé qui entraînait une perturbation grave et équivalait, essentiellement, à une mise à pied. Selon le conseil, cette situation permettait à M^{me} Hardy d'exercer les droits d'ancienneté prévus à la convention collective.

Le conseil d'arbitrage a également jugé pertinent le fait que des employés ayant moins d'ancienneté obtenaient des heures normales de travail pour effectuer des tâches que M^{me} Hardy aurait pu elle-même faire. Autrement dit, il a reconnu que celle-ci avait le droit d'évincer d'autres employés et qu'elle pouvait exercer ce droit en cas de mise à pied.

En conclusion, la démarche suivie par le conseil s'accorde avec son interprétation de la convention collective, soit que chaque fois qu'il y a «réduction» du personnel par l'employeur, celui-ci doit respecter les droits d'ancienneté. Le conseil a conclu que, par son action unilatérale, l'employeur a violé les dispositions relatives à l'établissement des horaires de la convention collective, ce qui a donné lieu à une mise à pied faisant jouer les droits d'ancienneté. À son avis, en raison de la perturbation grave de la relation employeur-employé causée par l'action de l'employeur, il ne s'agit pas simplement d'un grief en matière d'horaire de travail. Il a donc jugé que si l'employeur cherchait à réduire son personnel en vue de maximiser sa souplesse en matière de gestion du personnel, il ne pouvait le faire en violation de la convention collective qui, du fait de la conclusion du conseil à l'existence d'une mise à pied, garantissait à M^{me} Hardy le droit d'évincer d'autres employés. Bref, ayant fait l'objet d'une mise à pied déguisée,

tively laid off, she was entitled to access her bumping rights.

IV. The Reasonableness of the Board's Findings

Given the above analysis as to the Board's findings of fact, as well as its determination of a constructive layoff and its interpretation of the terms of the collective agreement, the final question of whether the Board's decision is patently unreasonable in the circumstances of this case remains to be addressed.

My colleagues' finding of patent unreasonableness rests on the argument that a layoff, constructive or not, cannot occur without a significant reduction in hours worked. Essentially my colleagues contend that: first, the Board erred in its broad approach to layoff on the facts of this case which could not support any finding of constructive layoff; and second, the Board awarded a remedy not rationally connected to the breach alleged. These errors, they allege, resulted in a patently unreasonable conclusion. With the greatest of respect and for the following reasons, I cannot agree that the Board erred in its approach to Ms. Hardy's grievance, nor that it reached an unreasonable conclusion.

First, as regards the findings of fact of the Board, they are uncontroverted and as this Court has reiterated time and time again, this is the domain *par excellence* over which the Board enjoys significant advantage and thus should not be interfered with (see *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, and *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, at p. 1148). More recently concerning a Board's finding of discrimination, La Forest J., in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, emphasized the importance of deference to the superior expertise of tribunals in fact-finding and

M^{me} Hardy pouvait faire valoir son droit d'évincer d'autres employés.

IV. Le caractère raisonnable des conclusions du conseil

Compte tenu de l'analyse qui précède des conclusions de fait du conseil, de la conclusion du conseil à l'existence d'une mise à pied déguisée et de son interprétation des dispositions de la convention collective, reste la question de savoir si, dans les circonstances du litige, sa décision est manifestement déraisonnable.

La conclusion de mes collègues que cette décision est manifestement déraisonnable repose sur l'argument selon lequel il ne peut y avoir mise à pied, déguisée ou non, sans réduction substantielle des heures travaillées. Pour l'essentiel, ils soutiennent en premier lieu que le conseil a adopté à tort une conception libérale de la mise à pied au regard des faits de l'espèce, lesquels ne permettent pas de conclure à la mise à pied déguisée et, en second lieu, que le conseil a accordé une réparation n'ayant aucun lien rationnel avec le manquement reproché. Ces erreurs, disent-ils, ont abouti à une conclusion manifestement déraisonnable. Avec égards, et pour les motifs qui suivent, je ne puis convenir que le conseil a commis une erreur dans son analyse du grief de M^{me} Hardy, ni qu'il a tiré une conclusion déraisonnable.

En premier lieu, en ce qui a trait aux conclusions de fait du conseil, elles ne sont pas contestées et notre Cour a réitéré à maintes reprises qu'il s'agit là du domaine par excellence où le conseil jouit d'un avantage significatif de sorte que ses conclusions ne devraient pas être modifiées (*Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, à la p. 1148). Plus récemment, concernant une affaire où une commission d'enquête avait conclu à la discrimination, le juge La Forest a souligné dans l'arrêt *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, l'importance qu'il y avait à faire preuve de retenue à l'égard de l'expertise supérieure des tribunaux

24

25

26

the complex inferences they draw from such findings, at p. 849:

A finding of discrimination is impregnated with facts, facts which the Board of Inquiry is in the best position to evaluate. The Board heard considerable evidence relating to the allegation of discrimination and was required to assess the credibility of the witnesses' evidence and draw inferences from the factual evidence presented to it in making a determination as to the existence of discrimination. Given the complexity of the evidentiary inferences made on the basis of the facts before the Board, it is appropriate to exercise a relative degree of deference to the finding of discrimination, in light of the Board's superior expertise in fact-finding. . . .

Like a finding of discrimination, the Board's determination that a constructive layoff arose required it to draw complex inferences on the evidence before it, which it was in a superior position to assess.

27

It is of particular relevance to this case that it is well established that the interpretation of collective agreements and its application to a particular factual situation fall at the core of labour tribunals' and appointed board of arbitrators' expertise and should not be lightly interfered with (*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941). As Sopinka J. affirmed in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 339, regarding the conclusions reached by a labour relations arbitrator:

The questions to be resolved in coming to these conclusions involved the interpretation of the collective agreement and its application to a particular factual situation — matters which constitute the core area of an arbitrator's expertise. Combined with the purpose and wording of s. 88, which confers upon the arbitrator exclusive jurisdiction to come to a final settlement of disputes arising out of the interpretation or application of the collective agreement, the arbitrator's relative expertise mandates that the court defer to the decision of the arbitrator in this case unless his decision is found to be patently unreasonable.

administratifs en ce qui concerne l'appréciation des faits et les inférences complexes qu'ils en tiraient, à la p. 849:

Une conclusion à l'existence de discrimination repose essentiellement sur des faits que la commission d'enquête est la mieux placée pour évaluer. La commission a entendu un nombre considérable de témoignages sur l'allégation de discrimination et a dû apprécier la crédibilité des témoins et faire des déductions, à partir de la preuve factuelle qui lui était soumise, pour statuer sur l'existence de discrimination. Étant donné la complexité des déductions probatoires découlant des faits présentés à la commission d'enquête, il convient de faire preuve d'une certaine retenue envers la conclusion à l'existence de discrimination, vu l'expertise supérieure de la commission d'enquête en matière d'appréciation des faits. . .

Comme pour la discrimination, la conclusion du conseil à l'existence d'une mise à pied déguisée repose sur des déductions complexes tirées de la preuve dont le conseil était saisi et qu'il était le mieux placé pour apprécier.

Selon un principe bien établi et particulièrement pertinent en l'espèce, l'interprétation des conventions collectives et leur application à une situation factuelle particulière sont au cœur de l'expertise des tribunaux du travail et des conseils d'arbitrage, et il convient de ne pas modifier à la légère leurs conclusions à ce sujet (*Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941). Ainsi que l'a fait observer le juge Sopinka dans l'arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la p. 339, au sujet des conclusions tirées par un arbitre du travail:

Les questions à résoudre pour arriver à ces conclusions comportaient l'interprétation de la convention collective et son application à une situation factuelle particulière — des sujets qui constituent le domaine d'expertise fondamental d'un arbitre. Si on la conjugue à l'objet et au texte de l'art. 88 qui confère à l'arbitre une compétence exclusive pour régler définitivement les différends qui découlent de l'interprétation ou de l'application de la convention collective, l'expertise relative de l'arbitre exige qu'une cour de justice fasse preuve de retenue à l'égard de la décision de l'arbitre en l'espèce, à moins que celle-ci ne soit jugée manifestement déraisonnable.

Therefore, the Board's findings, based on inferences drawn from the evidence before it and its interpretation of the collective agreement, warrant the greatest of deference.

The findings of facts particularly relevant to the decision of the Board in this case include the following. First, how the employer's conduct caused a serious disruption in the employment relationship. Second, how the employer failed to post a genuine schedule that provided any real notice of hours to be worked that week. Third, how Ms. Hardy was regularly called in to work in spite of the dramatic reduction in scheduled hours, and thus how her hours of work would have fallen had she not, to her own hardship, made herself available for and accepted call-ins. And finally, the fact that junior employees were being scheduled before Ms. Hardy in other departments and could be bumped by the exercise of her seniority rights which arose in these circumstances. These findings of the Board are based on the facts before it which are uncontroverted.

As for the inferences the Board drew from these findings of fact it was within the Board's jurisdiction to assess and evaluate them and to draw conclusions from the evidence. The reasons given by the Board for such inferences are spelled out. They are neither arbitrary nor frivolous, and are based on the evidence before it. As well, they are persuasive. Therefore, the inherent and autonomous rationality of the Board's reasons should be judicially recognized here (David Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 289). The Board's reasons warrant the utmost respect and deference (*Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at pp. 507-9). I cannot see how one can challenge the

Par conséquent, la conclusion du conseil, fondée sur des inférences tirées des éléments de preuve dont il était saisi et sur son interprétation de la convention collective, doit faire l'objet de la plus grande retenue.

Les conclusions de fait particulièrement pertinentes en ce qui concerne la sentence arbitrale en l'espèce incluent celles qui suivent. En premier lieu, l'action de l'employeur a causé une grave perturbation de la relation employeur-employé. En deuxième lieu, il n'a pas affiché un véritable horaire de travail qui aurait utilement informé les employés des heures qu'ils auraient à travailler pendant la semaine. En troisième lieu, M^{me} Hardy a été régulièrement rappelée au travail malgré une diminution draconienne des heures normales de travail qui lui étaient attribuées, et ses heures de travail auraient été considérablement réduites si, en dépit des inconvénients, elle ne s'était pas tenue à la disposition de l'employeur pour rentrer au travail à sa demande. Enfin, des employés ayant moins d'ancienneté qui ont obtenu avant M^{me} Hardy des heures normales de travail dans d'autres services auraient pu être supplantés par l'exercice des droits d'ancienneté qu'elle pouvait invoquer dans ces circonstances. Ces conclusions du conseil sont fondées sur les faits dont il était saisi et qui n'ont pas été contestés.

Quant aux inférences tirées par le conseil de ces conclusions de fait, celui-ci avait compétence pour apprécier les faits et en tirer des conclusions. Les motifs qu'il a exposés pour les expliquer ne sont ni arbitraires ni frivoles, et sont fondés sur la preuve. Ils sont également convaincants. La Cour doit donc respecter la rationalité inhérente et autonome des motifs du conseil (David Dyzenhaus, «The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy», dans Michael Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, à la p. 289). Les motifs du conseil doivent faire l'objet du plus grand respect et de la plus grande retenue (*Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, aux pp. 507 à 509). Je ne peux pas voir comment on peut remettre en question le caractère raisonnable de ces conclusions, et

reasonableness of these conclusions, let alone find them patently unreasonable.

30

With regard to the interpretation of the collective agreement, the Board made the following findings. First, the collective agreement failed to provide any definition of layoff. Second, the term layoff is flexible and open to diverse interpretations depending on the circumstances. The Board adopted a definition of layoff which was founded on precedent and served to address the reality of the situation before it. And third, the Board interpreted the collective agreement to reflect and give effect to the intentions of both parties. It adopted the term of constructive layoff, not to add to the collective agreement's rights and obligations, but simply to describe the reality of the situation here which triggered Ms. Hardy's seniority rights. Here again, the interpretation of collective agreements is within the core of the Board's expertise and should not be lightly disturbed. Once more, the Board's reasons are explicit, rational and based on the facts. They are neither frivolous, arbitrary nor irrational.

31

The main argument advanced by the respondent, with which my colleagues agree, is that the Board erred in its approach to layoff and in its assessment of the facts in that regard. In their view, this concept applies only when there is a significant reduction of working hours. As a consequence, they find there was no layoff in the circumstances, and consequently, the remedy determined by the Board was patently unreasonable. In my respectful view, this amounts to substituting their opinion for that of the Board.

32

As there is no definition of layoff in the collective agreement and it is within the jurisdiction of the Board, in fact it is its duty, to assess the reality of what happened in the case before it, as well as to interpret the terms of the collective agreement, it was entirely legitimate for the Board to find, on the facts of this case, that a layoff had occurred under the guise of simply scheduling. I cannot find that the Board exceeded its jurisdiction, or that it

encore moins comment on peut les juger manifestement déraisonnables.

En ce qui concerne l'interprétation de la convention collective, le conseil a tiré les conclusions suivantes. En premier lieu, la convention collective ne définit pas l'expression mise à pied. En deuxième lieu, la mise à pied est un concept flexible qui se prête à différentes interprétations selon les circonstances. Le conseil a retenu une définition fondée sur la jurisprudence et adaptée à la situation réelle dont il était saisi. Enfin, en troisième lieu, il a interprété la convention collective de façon à donner effet à la volonté de l'une et l'autre parties. Il a adopté le concept de la mise à pied déguisée, non pour ajouter aux droits et obligations prévus par la convention collective, mais simplement pour dépeindre la réalité d'une situation qui, en l'espèce, permet à M^{me} Hardy d'exercer ses droits d'ancienneté. De même, l'interprétation des conventions collectives relève fondamentalement de son expertise et ses conclusions à ce sujet ne doivent pas être modifiées à la légère. Encore une fois, les motifs du conseil sont explicites, rationnels et fondés sur les faits. Ils ne sont ni frivoles, ni arbitraires, ni irrationnels.

Le principal argument avancé par l'intimée, et auquel mes collègues font droit, est que le conseil a commis une erreur dans sa façon d'aborder la mise à pied et dans son appréciation des faits à cet égard. Selon mes collègues, il n'y a mise à pied que s'il y a réduction substantielle des heures travaillées. Ils concluent qu'il n'y a pas eu mise à pied dans les circonstances de l'espèce et que, par conséquent, la réparation accordée par le conseil était manifestement déraisonnable. Avec égards, pareille conclusion revient à substituer leur avis à celui du conseil.

Puisqu'il n'y a aucune définition de l'expression mise à pied dans la convention collective et que le conseil a compétence pour apprécier la réalité de ce qui s'est passé en l'espèce — en fait, il est tenu de le faire — et qu'il lui incombe d'interpréter les dispositions de la convention collective, il était parfaitement légitime de sa part de conclure, au regard des faits de l'espèce, qu'il y a eu mise à pied sous le couvert de l'établissement des

made an error in so interpreting the collective agreement and the grievance before it. Even had I found such an error, it would certainly not be a patently unreasonable one. As the above discussion of the Board's analysis clearly demonstrates, this was not a case of arbitrariness or irrationality, since this analysis is borne out by the facts, as well as by the collective agreement. Quite to the contrary, the Board's logic was clear and its reasons explicit and rational.

While the Board's approach to constructive lay-off may be novel, the development of labour law and interpretation of collective agreements in accordance with the reality of the workplace, fall at the heart of its specialized jurisdiction. The point is not, as my colleagues allege, that the Board misapplied the common law concept of constructive dismissal in the context of collective agreements, but rather whether it was reasonable for it to utilize the concept of "constructive" layoff in order to address the reality of the situation which it faced. In my view, this was not an attempt to change the commonly understood and generally accepted meaning of layoff as alleged. Instead, it was the Board exercising its expertise in assessing the reality of the situation before it in light of the terms of the applicable collective agreement. Regardless of the nomenclature framing the Board's conclusion, what is pertinent is its finding that the employer's unilateral conduct caused a serious disruption to the employment relationship which was impermissible under its interpretation of the collective agreement, and that entitled Ms. Hardy to access her bumping rights.

In this respect, I also cannot agree with my colleagues' argument that the Board erred by converting a scheduling complaint into a matter of layoff. As discussed above, the scope it granted to the grievance, and its ultimate finding of layoff, were based on more than a mere infringement of scheduling provisions. To narrowly construe the matter as no more than scheduling, fails to take

horaires. Je ne puis conclure que le conseil a excédé sa compétence ni qu'il a commis une erreur en interprétant de cette façon la convention collective et le grief dont il était saisi. Même si j'avais conclu à pareille erreur, ce ne serait certainement pas une erreur manifestement déraisonnable. Comme il ressort de mon examen de l'analyse faite par le conseil, cette analyse n'est ni arbitraire ni irrationnelle puisqu'elle est étayée par les faits de même que par la convention collective. Au contraire, le raisonnement suivi par le conseil est clair et ses motifs sont explicites et rationnels.

Il se peut que l'approche adoptée par le conseil à l'égard de la mise à pied déguisée soit inédite, mais l'élaboration des principes en droit du travail et l'interprétation des conventions collectives à la lumière des réalités du milieu du travail, relèvent de sa compétence spécialisée. La question n'est pas, comme le pensent mes collègues, que le conseil a appliqué à tort le concept du licenciement déguisé de la common law dans le contexte d'une convention collective. La question est plutôt de savoir s'il était raisonnable de sa part de recourir au concept de mise à pied «déguisée» pour caractériser la réalité de la situation devant lui. À mon avis, il ne cherchait pas, comme on l'a dit, à changer le sens communément compris et accepté de la mise à pied. Au contraire, il a exercé son expertise pour se prononcer sur ce qui s'est réellement passé, à la lumière des dispositions de la convention collective applicable. Peu importe la nomenclature qui a servi à la formulation de sa décision, ce qui compte, c'est sa conclusion que l'action unilatérale de l'employeur a causé une perturbation grave de la relation employeur-employé, ce qui n'était pas admissible à la lumière de son interprétation de la convention collective et donnait à M^{me} Hardy le droit d'évincer d'autres employés.

De même, je ne peux accepter l'argument de mes collègues voulant que le conseil ait commis une erreur en transformant une plainte concernant l'établissement des horaires en une question de mise à pied. Comme je l'ai déjà noté, la portée donnée au grief et la conclusion à l'existence d'une mise à pied à laquelle le conseil est parvenu n'étaient pas fondées uniquement sur un simple

account of the Board's finding that a serious disruption to the employment relationship had been caused, contrary to the terms of the collective agreement as interpreted by the Board. My colleagues, here, simply substitute their opinion for that of the Board, which, under judicial review standards, is impermissible.

35 Finally, I note that my colleagues also place considerable reliance for their finding of patent unreasonableness on the fact that the Board allegedly granted a remedy which was not rationally connected with the grievance. They cite this Court's decision in *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, for the legal principle that if a board imposes a remedy which is not rationally connected to the breach then it will be exceeding its jurisdiction and its decision will be patently unreasonable. It is this decision which they claim "may provide the basis for reviewing the decision of the Board in this appeal" (para. 67). With the greatest of respect, I find this principle inapplicable in the circumstances. The question of the remedy's rationality necessarily flows from the Board's finding of a breach. An assessment of what is rationally connected must follow from the Board's definition of the breach and not the Court's opinion as to how the Board should have construed it. Given the reasonableness of the Board's findings, the remedy it granted was quite logical and provided for by the collective agreement. As a consequence, the rationality of the remedy does not provide a basis for reviewing the Board's decision.

36 Ultimately, any assessment of the reasonableness of a Board's conclusion must appraise its process of reasoning. As Professor Dyzenhaus has noted, *supra*, the autonomy and potential inherent rationality of the administrative process warrants recognition in judicial review, and weight should be given to the Board's own criteria for rationality,

manquement aux dispositions relatives à l'établissement des horaires. Restreindre l'affaire à une simple question d'établissement d'horaire reviendrait à ignorer que le conseil a conclu à une perturbation grave de la relation employeur-employé en violation des dispositions de la convention collective, telles qu'il les interprète. En l'espèce, mes collègues substituent simplement leur avis à celui du conseil, ce qui n'est pas permis selon les normes de contrôle judiciaire.

Enfin, je note que pour conclure au caractère manifestement déraisonnable, mes collègues se fondent en grande partie sur le fait que le conseil aurait accordé une réparation n'ayant aucun lien rationnel avec le grief. Ils citent l'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, à l'appui du principe juridique voulant que le tribunal administratif qui accorde une réparation n'ayant aucun lien rationnel avec le manquement reproché excède sa compétence et rend une décision manifestement déraisonnable. C'est cet arrêt qui, à leur avis, «peut servir de fondement au contrôle de la décision du conseil dans le présent pourvoi» (par. 67). Avec égards, j'estime que ce principe n'a pas d'application dans les circonstances présentes. La question de la rationalité de la réparation découle nécessairement de la conclusion à l'existence d'un manquement à la convention collective qu'a tirée le conseil. L'appréciation de ce qui représente un lien rationnel est subordonnée à la définition du manquement par le conseil et non à l'opinion de la Cour quant à la façon dont il aurait dû l'interpréter. Étant donné le caractère raisonnable des conclusions du conseil, la réparation qu'il a accordée était tout à fait logique et prévue par la convention collective. Il s'ensuit que la rationalité de la réparation ne peut être invoquée pour justifier le contrôle de la décision du conseil.

En dernière analyse, toute appréciation du caractère raisonnable de la conclusion du conseil doit tenir compte de son processus de raisonnement. Ainsi que l'a noté le professeur Dyzenhaus, *loc. cit.*, doivent être respectés l'autonomie et la rationalité inhérente potentielle du processus administratif ainsi que les critères propres au tribunal

which may well be different from the criteria relevant to the judicial process.

In this case, one is struck by the Board's careful and measured analysis of the facts, the notion of constructive layoff, its interpretation of the collective agreement and finally, the overall situation before it, in order to reach its conclusions and determine the proper remedy. These had a rational foundation and were borne out by the circumstances before the Board. Exercising its jurisdiction and expertise, the Board adopted an approach in order to describe and redress the unique circumstances before it. The notion of constructive layoff allowed the Board to take cognizance of the fact that an employee could be laid off, yet still be working, and provide redress for a situation where, although there was no formal change in hours worked, there had been a serious disruption to the employment relationship. This approach did not create new obligations under the collective agreement, but rather allowed the Board to assess the modern reality of the workplace and give effect to the parties' rights and obligations under the collective agreement. In so doing, the Board did not, in my view, reach a patently unreasonable conclusion. All of the steps taken by the Board fall within its exclusive jurisdiction to interpret and apply the collective agreement to the labour dispute before it. Although I find no error, the ultimate correctness of these steps is irrelevant, and I cannot conclude they were patently unreasonable.

V. Conclusion

In conclusion, for the above reasons I am of the view that the Board's finding that Ms. Hardy had suffered a constructive layoff such that she could access her bumping rights, as well as the Board's interpretation of the collective agreement and finding that there had been a serious disruption to the employment relationship are rationally borne by

administratif en matière de rationalité, lesquels peuvent fort bien être différents des critères du processus judiciaire.

En l'espèce, on est frappé par l'analyse attentive et pondérée des faits et de la notion de mise à pied déguisée qu'a faite le conseil ainsi que par son interprétation de la convention collective et de l'ensemble des faits qui lui étaient soumis, lesquelles lui ont permis de conclure comme il l'a fait et d'accorder la réparation qui s'imposait. Les conclusions tirées ainsi que la réparation accordée avaient un fondement rationnel et étaient étayées par les circonstances devant le conseil. Dans le cadre de sa compétence et de son expertise, celui-ci a adopté une démarche pour caractériser et corriger les circonstances très particulières dont il était saisi. La notion de mise à pied déguisée lui a permis de prendre acte du fait qu'un employé pouvait être mis à pied tout en continuant à travailler, et de corriger une situation où, s'il n'y avait pas changement formel dans le nombre d'heures travaillées, il y avait une perturbation grave de la relation employeur-employé. Cette façon de procéder n'a pas créé de nouvelles obligations sous le régime de la convention collective. Elle a plutôt permis au conseil d'apprécier la réalité moderne du milieu du travail et de donner effet aux droits et obligations des parties prévus par la convention collective. À mon avis, le conseil n'a pas tiré de ce fait une conclusion manifestement déraisonnable. Toute la démarche suivie par le conseil relève de sa compétence exclusive en matière d'interprétation et d'application de la convention collective au conflit du travail dont il était saisi. Bien que je ne constate la présence d'aucune erreur dans la démarche du conseil, le fait que celle-ci soit en dernière analyse correcte ou non importe peu, et je ne puis conclure qu'elle était manifestement déraisonnable.

V. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis que la conclusion tirée par le conseil, soit que M^{me} Hardy a fait l'objet d'une mise à pied déguisée l'autorisant à exercer son droit d'évincer d'autres employés, de même que son interprétation de la convention collective et sa conclusion à l'existence d'une perturbation grave de la relation employeur-employé,

the facts of this case. This conclusion avoids an anomalous result with the companion case of *Battlefords, supra*, as it does not require penalizing an employee for having mitigated his or her situation well. If there was no formal reduction in the hours worked by Ms. Hardy, it is only because she made herself available for and accepted call-ins. Ultimately, the Board's view that there was a disruption to the employment relationship sufficient to constitute a layoff, notwithstanding no formal change in the hours worked, was not only not patently unreasonable, but also in my view, it was a reasonable one.

39 For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the decision and award of the Board of Arbitrators, the whole with costs throughout.

The judgment of Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ. was delivered by

40 CORY AND MCLACHLIN JJ. — Is it patently unreasonable to conclude that an employee whose actual hours of work remain constant, but whose scheduled hours are reduced, was constructively laid off? That is the issue which must be addressed in this case.

Factual Background

41 Kelly Hardy began working at Safeway as a part-time deli clerk in 1986. As well, she received training which enabled her to work in the meat department under a different job classification. She was scheduled to work in both departments for a total average of 37 hours per week. Ms. Hardy worked a certain but not specific number of hours pursuant to a schedule and the balance of her hours was on a call-in basis. A schedule of employee hours was posted every Thursday for the following work week and if call-in hours became available,

sont rationnellement étayées par les faits de la présente affaire. Cette conclusion permet d'éviter d'en arriver à un résultat anormal par rapport au pourvoi connexe *Battlefords*, précité, en ce qu'elle n'exige pas de pénaliser un employé qui a su composer avec la situation. S'il n'y a pas eu réduction formelle des heures travaillées par M^{me} Hardy, c'est uniquement parce qu'elle se tenait à la disposition de l'employeur et acceptait de rentrer au travail. En définitive, conclure comme le conseil l'a fait à l'existence d'une perturbation de la relation employeur-employé suffisante pour constituer une mise à pied, malgré l'absence d'un changement formel des heures travaillées, était non seulement une décision qui n'était pas manifestement déraisonnable mais, à mon avis, c'était une décision raisonnable.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la décision de la Cour d'appel, et de rétablir la sentence arbitrale, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache rendu par

LES JUGES CORY ET MCLACHLIN — Est-il manifestement déraisonnable de conclure qu'un employé dont les heures réelles de travail restent constantes, mais dont les heures normales de travail sont réduites, a été mis à pied de façon déguisée? C'est la question qu'il faut trancher en l'espèce.

Les faits

Kelly Hardy a commencé à travailler chez Safeway en tant que commis à temps partiel dans le rayon de la charcuterie en 1986. Elle a aussi reçu une formation lui permettant de travailler dans le rayon des viandes, dans une catégorie d'emploi différente. Ses heures normales de travail, soit en moyenne 37 heures par semaine, étaient réparties dans les deux rayons. Madame Hardy travaillait un certain nombre d'heures variable selon un horaire et le reste sur appel. L'horaire de travail des employés était affiché le jeudi pour la semaine sui-

part-time employees would receive a telephone call indicating their services were required.

In 1989, Ms. Hardy's scheduled hours dropped to between 30 and 37 hours. She was advised that her dual role as deli clerk and meat clerk was no longer acceptable. She chose to continue in the meat department because she expected that more work hours would be available. However, after the transfer, her scheduled hours fell even further to between 24 and 26 hours. They were then further reduced to one four-hour shift per week. As a result of the "call-ins", however, her actual hours of work did not change significantly.

At this time, junior employees in the deli department, in which Ms. Hardy had originally been trained, were being assigned more scheduled hours than she was receiving in the meat department.

Ms. Hardy grieved the reduction in her scheduled hours, alleging it violated the "most available hours clause" of the collective agreement, and requested scheduled hours in the deli department. The "most available hours clause" of the collective agreement required the assignment of part-time hours on the basis of seniority "within the classification and department" provided the employee's qualifications and ability met the requirements.

Decisions Below

Arbitration Board (1994), 44 L.A.C. (4th) 325

Ms. Hardy's grievance was upheld by the majority of the Arbitration Board. It found that the substantial reduction in her hours, combined with the scheduling of more junior employees to perform work which she was qualified to perform, constituted a "constructive layoff" which gave her the

vante et, si des heures de travail sur appel devaient être attribuées, on rappelait au travail les employés à temps partiel.

En 1989, le nombre d'heures normales de travail de M^{me} Hardy est réduit et varie de 30 à 37 heures. On l'a avisée qu'elle ne pouvait plus être commis à la fois dans le rayon de la charcuterie et dans celui des viandes. Elle a choisi de continuer à travailler dans le rayon des viandes parce qu'elle s'attendait à ce qu'il y ait plus d'heures de travail à effectuer dans ce rayon. Cependant, après la mutation, ses heures normales de travail sont encore abaissées pour se situer entre 24 et 26 heures. Elles sont ensuite ramenées à un quart de quatre heures par semaine. En raison des «rappels au travail», cependant, le nombre des heures réelles de travail n'a pas beaucoup changé.

À cette époque, des employés débutants du rayon de la charcuterie, où M^{me} Hardy avait été formée initialement, se voyaient attribuer plus d'heures normales de travail qu'elle-même dans le rayon des viandes.

Madame Hardy a formulé un grief au sujet de la réduction de ses heures normales de travail, alléguant une violation de la clause relative à l'attribution du [TRADUCTION] «plus grand nombre d'heures» de la convention collective et elle a réclamé des heures normales de travail dans le rayon de la charcuterie. Aux termes de cette clause, l'attribution des heures de travail à temps partiel se fait selon l'ancienneté [TRADUCTION] «au sein de la catégorie d'emploi et du rayon» pourvu que l'employé ait les qualités et la capacité requises.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le conseil d'arbitrage (1994), 44 L.A.C. (4th) 325

Le conseil d'arbitrage a accueilli le grief de M^{me} Hardy à la majorité. Il a conclu que la réduction substantielle de ses heures de travail, conjuguée à l'attribution d'heures normales de travail à des employés ayant moins d'ancienneté pour exécuter des tâches pour lesquelles elle était qualifiée,

42

43

44

45

right to 'bump' less senior employees and to be scheduled across department classifications.

46 Although the layoff question was not specifically raised in Ms. Hardy's grievance, the Board found it was linked to her complaint about the reduction in her hours.

47 The Board noted that the collective agreement required that the employer post a schedule of hours to be worked by part-time employees by 6:00 p.m. each Thursday for the following week and that seniority governed the assignment of part-time hours.

48 The Board concluded that Ms. Hardy's loss of scheduled hours did not result from her hours being assigned to more senior employees or from there being no available hours. Instead, it resulted from the employer's desire for flexibility in scheduling which would reduce costs. The Board found that the fact that Ms. Hardy's scheduled hours had been reduced to one four-hour shift per week while she continued to be needed for significantly more hours indicated that Safeway was underutilising the scheduling provision of the collective agreement. Although the collective agreement did not prohibit Safeway from calling employees in as their services were required, the Board concluded that the employer could not schedule hours at such a minimal level as to deprive the obligation to schedule work of any meaning.

49 The Board held, at p. 336, that the employer "breached the scheduling provisions of the collective agreement in a manner that has resulted in . . . the grievor, receiving substantially fewer scheduled hours . . . and . . . a constructive lay-off has occurred". It concluded that Ms. Hardy should enjoy the benefits of a laid-off employee and that

constituait une [TRADUCTION] «mise à pied déguisée» lui donnant le droit de [TRADUCTION] «supplanter» les employés ayant moins d'ancienneté qu'elle et d'obtenir des heures normales de travail dans toutes les catégories d'emploi au sein des rayons.

Bien que la question de la mise à pied n'ait pas été soulevée expressément dans le grief de M^{me} Hardy, le conseil a conclu qu'elle était liée à sa plainte au sujet de la réduction de ses heures de travail.

Le conseil a fait remarquer que la convention collective exigeait que l'employeur affiche avant 18 h le jeudi l'horaire de travail des employés à temps partiel pour la semaine suivante et que l'ancienneté régissait l'attribution des heures de travail à temps partiel.

Le conseil a conclu que la perte d'heures normales de travail subie par M^{me} Hardy ne résultait pas de l'attribution de ses heures de travail à des employés ayant plus d'ancienneté qu'elle ni d'une pénurie de travail. Elle était plutôt attribuable à la recherche par l'employeur d'une souplesse dans l'établissement des horaires pour réduire les coûts. Selon le conseil, le fait que les heures normales de travail de M^{me} Hardy aient été ramenées à un quart hebdomadaire de quatre heures alors que ses services continuaient d'être requis pendant un nombre d'heures beaucoup plus élevé indiquait que Safeway n'appliquait pas adéquatement la disposition de la convention collective relative à l'établissement des horaires. Même si la convention collective n'interdisait pas à Safeway de rappeler des employés au travail au fur et à mesure que leurs services étaient requis, le conseil a conclu que l'employeur ne pouvait pas réduire les heures normales de travail au point d'enlever tout sens à l'obligation d'établir des horaires de travail.

Le conseil a jugé, à la p. 336, que l'employeur [TRADUCTION] «a dérogé aux dispositions de la convention collective ayant trait à l'établissement des horaires de telle sorte [que . . .] l'auteur du grief [. . .] s'est vu attribuer beaucoup moins d'heures normales de travail [. . . et qu']il y a eu mise à pied déguisée». Il a conclu que M^{me} Hardy

the seniority provisions should be applied, giving her preference over junior employees to do work for which she was qualified.

One of the three Board members dissented. He found it illogical that a part-time employee who worked the same number of hours, in the same store, in the same department and in the same classification could be said to have been laid off. Further, he disagreed with awarding the grievor layoff remedies for a breach of the scheduling provision. Rather, the proper remedy should have been an order to correct the scheduling deficiencies.

Court of Queen's Bench (1995), 132 Sask. R. 318

Scheibel J. found that although he may have reached a different conclusion, the Arbitration Board's award was not patently unreasonable. The award was therefore upheld.

Court of Appeal (1996), 141 Sask. R. 213

Wakeling J.A. began his assessment of the Board's decision by noting that the term "constructive layoff" had not been recognized or applied either judicially or by arbitration boards. He expressed doubt that the concept of constructive dismissal from employment law could be applied to a layoff, which has generally been held to consist of a period during which a worker is temporarily discharged. In his view, a "constructive" layoff implies that the employee was not actually laid off and by adding the modifier "constructive", the Board created additional rights for the employee which were not contemplated by the use of the word "layoff" in the collective agreement. Further, Wakeling J.A. was not satisfied that an employee working for the same employer, in the same

devait jouir des avantages accordés à l'employé mis à pied et que les dispositions relatives à l'ancienneté devaient s'appliquer, lui accordant présence sur les employés ayant moins d'ancienneté en ce qui concerne les tâches pour lesquelles elle était qualifiée.

Un des trois arbitres était dissident. Il trouvait illogique qu'une employée à temps partiel qui travaillait le même nombre d'heures, dans le même magasin, au même rayon et dans la même catégorie d'emploi puisse être réputée mise à pied. Il n'était pas d'accord non plus pour accorder à l'auteur du grief des mesures correctives applicables à la mise à pied dans le cas d'une dérogation à la disposition relative à l'établissement des horaires. Selon lui, la réparation qu'il convenait plutôt d'accorder était une ordonnance pour corriger les lacunes relatives à l'établissement des horaires.

Cour du Banc de la Reine (1995), 132 Sask. R. 318

Le juge Scheibel a statué que, bien que lui-même eût pu arriver à une conclusion différente, la sentence du conseil d'arbitrage n'était pas manifestement déraisonnable. La sentence a donc été confirmée.

Cour d'appel (1996), 141 Sask. R. 213

Le juge Wakeling a amorcé son examen de la décision du conseil en faisant remarquer que l'expression «mise à pied déguisée» n'avait pas été reconnue ou appliquée par les tribunaux ni les conseils d'arbitrage. Il a dit douter que la notion de licenciement déguisé qui vient du droit de l'emploi puisse s'appliquer à une mise à pied généralement définie comme une période durant laquelle le travailleur est congédié temporairement. Il s'est dit d'avis que l'expression mise à pied «déguisée» donne à penser que l'employé n'a pas été réellement mis à pied et qu'en ajoutant le qualificatif «déguisée», le conseil a créé en faveur de l'employée des droits supplémentaires qui n'étaient pas envisagés par l'emploi des mots «mise à pied» dans la convention collective. De plus, le juge

50

51

52

department, for the same number of hours could be classified as being laid off in any sense of the word. He concluded that the addition of the word "constructive" is not a means by which the basic elements of what constitutes a layoff can properly be modified.

53 Wakeling J.A. reviewed the jurisprudence discussing the meaning of the term "layoff". He found that layoff must involve, at the very least, a substantial reduction in the hours of work. He noted that this situation was absent in the present case where no reduction in actual hours of work had occurred.

54 Wakeling J.A. found that by labelling the treatment of Ms. Hardy as a "constructive layoff" the Board magically gave her access to provisions of the collective agreement which would not have been otherwise available. He concluded that such an interpretation of the agreement was patently unreasonable since it gave the agreement a meaning which it could not reasonably bear.

55 In Wakeling J.A.'s view, the parties to the collective agreement clearly intended that there would be a difference between the treatment of employees who had been laid off and others who had not. Further, it was reasonable to assume that in the absence of a definition of "layoff", the parties believed they would be able to recognize when an employee had been laid off. Finally, he observed that nowhere in the provision respecting layoffs was there a suggestion that it would apply to a person who continues to be employed but whose scheduled hours of work have been reduced.

56 Wakeling J.A. allowed the appeal and set aside the Board's award.

Wakeling n'était pas convaincu que l'employé qui travaille pour le même employeur, dans le même rayon, pendant le même nombre d'heures pouvait être considéré comme ayant fait l'objet d'une mise à pied quel que soit le sens attribué à cette expression. Il a conclu que l'ajout du mot «déguisée» ne permettait pas de modifier légitimement les éléments fondamentaux de la mise à pied.

Le juge Wakeling a analysé la jurisprudence portant sur le sens de l'expression «mise à pied». Il a conclu que la mise à pied devait comporter, à tout le moins, une réduction substantielle des heures de travail. Il a noté que ce n'était pas le cas dans la présente affaire où il n'y a eu aucune réduction des heures réelles de travail.

Le juge Wakeling a statué qu'en qualifiant de «mise à pied déguisée» le sort réservé à M^{me} Hardy, le conseil lui a donné accès comme par magie à des dispositions de la convention collective qui normalement n'auraient pas pu être invoquées. Il a conclu qu'une telle interprétation de la convention était manifestement déraisonnable car elle lui donnait un sens qu'elle ne pouvait pas raisonnablement avoir.

Selon le juge Wakeling, les parties à la convention collective voulaient manifestement qu'il y ait une différence entre le traitement des employés mis à pied et celui des autres employés. En outre, en l'absence d'une définition de l'expression «mise à pied», il était raisonnable de supposer que les parties s'estimaient en mesure de reconnaître les cas où un employé faisait l'objet d'une mise à pied. Enfin, il a fait observer que rien dans la disposition relative aux mises à pied ne portait à croire qu'elle s'appliquerait à une personne qui continue d'être employée mais dont le nombre d'heures normales de travail a été réduit.

Le juge Wakeling a accueilli l'appel et a annulé la sentence du conseil.

Relevant Legislation

Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 25:

25. — (1) Where a collective bargaining agreement contains a provision for final settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties to or persons bound by the agreement or on whose behalf the agreement was entered into concerning its meaning, application or violation, the finding of the arbitrator or the board of arbitration shall:

- (a) be final and conclusive;
- (b) in regard to all matters within the legislative jurisdiction of the Legislature of Saskatchewan be binding upon the parties; and
- (c) be enforceable in the same manner as an order of the board made under this Act.

What is the Appropriate Standard of Judicial Review?

Where labour relations tribunals are called upon to interpret or apply a collective agreement under the umbrella of a privative clause, a reviewing court can only intervene in the case of a patently unreasonable error. (See *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, and *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487.) This high degree of curial deference is essential to maintain the integrity of the system which has grown to be so efficient and effective in the resolution of disputes arising in the sensitive field of labour relations. The nature of labour disputes requires their speedy resolution by expert tribunals. The protective clause found in the *Trade Union Act* is the legislative recognition of the fundamental need for deference to the boards' decisions.

Section 25(1) of the Act states that the finding of the arbitrator or board of arbitration is "final and conclusive" and "binding upon the parties". Although this is not a true privative clause, it is

Les dispositions législatives pertinentes

Trade Union Act, R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 25:

[TRADUCTION]

25. — (1) Lorsqu'une convention collective contient une clause prévoyant le règlement définitif par arbitrage, sans recours à l'arrêt de travail, des différends relatifs à son interprétation, son application ou sa violation pouvant survenir entre les parties, les personnes qu'elle régit ou au nom desquelles elle a été conclue, la conclusion de l'arbitre ou du conseil d'arbitrage:

- a) est définitive et péremptoire;
- b) lie les parties en ce qui concerne toutes les questions relevant de la compétence législative de la législature de la Saskatchewan;
- c) est exécutoire de la même manière qu'une ordonnance rendue par le conseil en vertu de la présente loi.

Quelle est la norme appropriée de contrôle judiciaire?

La cour de justice qui contrôle une décision bénéficiant de la protection d'une clause privative qu'a rendue un tribunal des relations de travail appelé à interpréter ou à appliquer une convention collective ne peut intervenir que s'il y a eu erreur manifestement déraisonnable. (Voir *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, et *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487.) Ce degré élevé de retenue est essentiel au maintien de l'intégrité d'un système devenu aussi efficace et efficient dans le règlement des conflits qui surviennent dans le domaine délicat des relations du travail. La nature des conflits de travail exige qu'ils soient résolus rapidement par des tribunaux spécialisés. Par la clause de protection insérée dans la *Trade Union Act*, le législateur a reconnu la nécessité fondamentale de la retenue dont doivent faire preuve les tribunaux à l'égard des décisions des conseils d'arbitrage.

Le paragraphe 25(1) de la Loi énonce que la conclusion de l'arbitre ou du conseil d'arbitrage est «définitive et péremptoire» et «lie les parties». Bien qu'il ne s'agisse pas d'une véritable clause

very close to it. In *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, Sopinka J. considered a statute pertaining to a board of arbitration which contained a similar statutory provision. It was to the effect that issues arising from the interpretation of a collective bargaining agreement were to be submitted to arbitration “for final settlement”. It was held that judicial deference to the decision of the arbitration board was warranted. The sage observation was made that an unlimited scope of judicial review would thwart the goal of mandatory arbitration to provide an efficient and cost effective manner of resolving disputes in this field. Those comments are appropriate to this case.

60 Further, in the case at bar, the Board was acting within its exclusive jurisdiction to interpret and apply the collective agreement when it considered whether the layoff provisions were applicable to Ms. Hardy’s situation. It follows that there can be no doubt that the appropriate standard of review in this case is one of patent unreasonableness.

61 This standard of review has now been well established and accepted. It imposes a deferential approach to judicial review. This is a very high standard which will not easily be met. In *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, *supra*, it was said at pp. 963-64:

What is patently unreasonable to one judge may be eminently reasonable to another. Yet any test can only be defined by words, the building blocks of all reasons. Obviously, the patently unreasonable test sets a high standard of review. In the *Shorter Oxford English Dictionary* “patently”, an adverb, is defined as “openly, evidently, clearly”. “Unreasonable” is defined as “[n]ot having the faculty of reason; irrational . . . Not acting in accordance with reason or good sense”. Thus, based on the dictionary definition of the words “patently unreasonable”, it is apparent that if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is not clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with

privative, cette disposition s’en rapproche beaucoup. Dans l’arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, le juge Sopinka a examiné une loi relative à un conseil d’arbitrage qui contenait une disposition législative similaire. Elle prévoyait que les questions soulevées par l’interprétation d’une convention collective devaient être soumises à l’arbitrage «pour règlement final». Il a été jugé que la retenue judiciaire était justifiée à l’égard de la décision du conseil d’arbitrage. On a fait observer, à juste titre, qu’un contrôle judiciaire à portée illimitée aurait pour effet de déjouer l’objectif de l’arbitrage obligatoire qui est de fournir un moyen efficace et efficient de résoudre les conflits dans ce domaine. Ces remarques sont pertinentes en l’espèce.

De plus, dans la présente affaire, le conseil a agi dans les limites de sa compétence exclusive pour interpréter et appliquer la convention collective lorsqu’il s’est demandé si les dispositions relatives à la mise à pied s’appliquaient au cas de M^{me} Hardy. Il s’ensuit qu’il ne fait aucun doute que la norme appropriée de contrôle dans la présente affaire est celle du caractère manifestement déraisonnable.

Cette norme de contrôle est maintenant bien établie et acceptée. Elle exige que le contrôle judiciaire soit exercé avec retenue. C’est une norme très sévère à laquelle il ne sera pas facile de satisfaire. Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, précité, il est dit, aux pp. 963 et 964:

Ce qui est manifestement déraisonnable pour un juge peut paraître éminemment raisonnable pour un autre. Pourtant, pour définir un critère nous ne disposons que de mots, qui forment, eux, les éléments de base de tous les motifs. Le critère du caractère manifestement déraisonnable représente, de toute évidence, une norme de contrôle sévère. Dans le *Grand Larousse de la langue française*, l’adjectif manifeste est ainsi défini: «Se dit d’une chose que l’on ne peut contester, qui est tout à fait évidente». On y trouve pour le terme déraisonnable la définition suivante: «Qui n’est pas conforme à la raison; qui est contraire au bon sens». Eu égard donc à ces définitions des mots «manifeste» et «déraisonnable», il

reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction. This is clearly a very strict test.

In order to justify judicial intervention, the arbitrator's decision must be more than simply unreasonable. In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 57, Iacobucci J. described the difference between an unreasonable and a patently unreasonable decision as follows:

The difference . . . lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal's reasons, then the tribunal's decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable.

A reviewing court cannot intervene simply because it disagrees with the reasoning of the arbitration board or because it would have reached a different conclusion. To do so would be to usurp the power of the administrative tribunal and to remove from it the ability to arrive at erroneous conclusions within its area of specialized expertise.

If a Board purports to act in a manner that clearly exceeds its jurisdiction as set out in its empowering legislation, its decision is incorrect and thus invalid but it would also be patently unreasonable. There are, as well, certain specific egregious errors which are so patently unreasonable that a Board decision should be set aside. It may be helpful to review briefly the cases in which this Court has indicated that a board's decision could be found to be patently unreasonable.

In *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, a dangerous situation had developed in the community owing to the impasse reached between the mine workers and the employer. In the circumstances, the majority of the Court approved the exceptional

appert que si la décision qu'a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n'est pas clairement irrationnelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu'il y a eu perte de compétence. Visiblement, il s'agit là d'un critère très strict.

Pour justifier l'intervention des tribunaux, la décision de l'arbitre ne doit pas être simplement déraisonnable. Dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au par. 57, le juge Iacobucci a exposé la différence entre la décision déraisonnable et la décision manifestement déraisonnable:

La différence [. . .] réside dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable.

La cour de justice qui contrôle la décision ne peut pas intervenir simplement parce qu'elle n'est pas d'accord avec le raisonnement suivi par le conseil d'arbitrage ou qu'elle serait arrivée à une conclusion différente. Ce serait usurper le pouvoir du tribunal administratif et lui interdire d'arriver à des conclusions erronées dans son domaine de connaissances spécialisées.

Si un conseil prétend agir d'une manière qui excède manifestement la compétence qui lui est conférée dans sa loi habilitante, sa décision est incorrecte, et donc invalide, mais elle serait aussi manifestement déraisonnable. De même, certaines erreurs marquées particulières sont si manifestement déraisonnables que la décision du conseil devrait être annulée. Il peut être utile d'examiner brièvement les cas où notre Cour a conclu que la décision d'un conseil pouvait être jugée manifestement déraisonnable.

Dans l'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, la situation était devenue dangereuse dans la collectivité en raison de l'impasse dans laquelle se trouvaient les mineurs et l'employeur. Dans les circonstances, la Cour a approuvé à la majorité la

62

63

64

65

solution imposed by the Canada Labour Relations Board to put an end to the dispute. However, it was noted, at para. 56:

... if the Board imposes a remedy which is not rationally connected to the breach and its consequences or is inconsistent with the policy objectives of the statute then it will be exceeding its jurisdiction. Its decision will in those circumstances be patently unreasonable.

66 In *Toronto (City) Board of Education, supra*, this Court quashed an arbitration board's award ordering the reinstatement of a teacher. It was held that the board's decision was overwhelmingly contradicted by the evidence that there was just cause for the dismissal. In concluding that the award was patently unreasonable, it was stated, at para. 48:

... where the arbitral findings in issue are based upon inferences made from the evidence, it is necessary for a reviewing court to examine the evidence that formed the basis for the inference. ... [A court] can only substitute its opinion for that of the tribunal where the evidence viewed reasonably is incapable of supporting the tribunal's findings. [Emphasis in original.]

67 It is the decision in *Royal Oak Mines, supra*, which may provide the basis for reviewing the decision of the Board in this appeal.

68 We must now turn to a consideration of whether the arbitration board's award in this case was patently unreasonable.

Was the Arbitration Board's Award Patently Unreasonable?

69 There is no suggestion of unfair procedure or bias. The inquiry therefore focuses on whether the Board applied the wrong principles or applied the correct principles in the wrong way, for example, by making an award which is not supported by the evidence or by reason.

70 We have concluded that the Board made a patently unreasonable error of law in defining the change in Ms. Hardy's working conditions as a

solution exceptionnelle retenue par le Conseil canadien des relations du travail pour mettre fin au conflit. Toutefois, on a fait remarquer, au par. 56:

... si le Conseil accorde une réparation qui n'a pas de lien rationnel avec la violation et ses conséquences, ou qui est incompatible avec les objectifs visés par la loi, il excède sa compétence. Sa décision est alors manifestement déraisonnable.

Dans l'arrêt *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité)*, précité, notre Cour a annulé la sentence du conseil d'arbitrage ordonnant la réintégration d'un enseignant. Elle a jugé que la décision du conseil était contredite de façon accablante par la preuve établissant que le congédiement était fondé sur une cause juste. En concluant que la sentence était manifestement déraisonnable, notre Cour a dit, au par. 48:

... dans les cas où les conclusions arbitrales en litige reposent sur des inférences tirées de la preuve, il est nécessaire que la cour de justice qui contrôle la décision examine cette preuve. [...] [C]'est uniquement dans le cas où la preuve, appréciée raisonnablement, est incapable d'étayer les conclusions du tribunal que la cour peut substituer son opinion à celle du tribunal. [Souligné dans l'original.]

C'est la décision rendue dans *Royal Oak Mines*, précité, qui peut servir de fondement au contrôle de la décision du conseil dans le présent pourvoi.

Nous devons maintenant nous demander si la sentence rendue par le conseil d'arbitrage en l'espèce était manifestement déraisonnable.

La sentence du conseil d'arbitrage était-elle manifestement déraisonnable?

Rien ne donne à penser que la procédure suivie n'a pas été équitable ni qu'il y a eu partialité. L'examen porte donc principalement sur la question de savoir si le conseil a appliqué les mauvais principes ou s'il a mal appliqué les bons principes, par exemple, en rendant une sentence non étayée par la preuve ou non conforme à la raison.

Nous avons conclu que le conseil a commis une erreur de droit manifestement déraisonnable en qualifiant la modification des conditions de travail

constructive layoff. Ms. Hardy's scheduled hours dropped from 37 or more hours per week to one four-hour shift per week. Her total hours worked, however, remained relatively constant because she was regularly called in to work by the employer. In our view, the term "layoff" as used in labour law refers to the denial of work to the employee. As a matter of law, a layoff cannot be found where the employee continued to work the usual number of hours, as here. We also conclude that the Board erred in failing to characterize Ms. Hardy's grievance in terms of the labour agreement and in imposing a remedy not rationally connected to the breach alleged. It follows that the Board's decision that a constructive layoff occurred is patently unreasonable.

The labour agreement in the case at bar does not define "layoff". We must therefore look at the cases to see how courts and labour arbitrators have defined it. They suggest that "layoff" is used in the law of labour relations to describe an interruption of the employee's work short of termination. A "layoff", as the term is used in the cases, does not terminate the employer-employee relationship. Rather, it temporarily discharges the employee. The hope or expectation of future work remains. But for the time being, there is no work for the employee. Such an employee, it is said, is laid off.

Reference to a few of the cases illustrate this use of the term. In *Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America*, [1976] 1 S.C.R. 2, at p. 6, Dickson J. (as he then was) adopted the following definition of layoff:

"Lay-Off" is not defined in the Quebec *Labour Code*, R.S.Q. 1964, c. 141. However, the *Shorter Oxford English Dictionary* defines "lay-off" as follows: "Lay-off, a period during which a workman is temporarily

de M^{me} Hardy de mise à pied déguisée. Les heures normales de travail de M^{me} Hardy sont passées de 37 heures par semaine ou plus à un quart de quatre heures par semaine. Le total des heures travaillées, cependant, est resté relativement constant parce qu'elle était régulièrement rappelée au travail par l'employeur. À notre avis, l'expression «mise à pied» utilisée en droit du travail renvoie au refus de fournir du travail à l'employé. En droit, on ne peut pas parler de mise à pied lorsque l'employé continue de travailler le nombre d'heures habituel, comme ici. Nous concluons également que le conseil a commis une erreur en ne caractérisant pas le grief de M^{me} Hardy dans le contexte de la convention collective de travail et en accordant une réparation n'ayant aucun lien rationnel avec la violation alléguée. Il s'ensuit que la décision du conseil selon laquelle il y a eu mise à pied déguisée est manifestement déraisonnable.

En l'espèce, la convention collective de travail ne définit pas l'expression «mise à pied». Nous devons donc nous tourner vers la jurisprudence pour voir comment les tribunaux et les arbitres du travail l'ont définie. Il semble que l'expression «mise à pied» soit utilisée en droit des relations du travail pour désigner l'interruption du travail qui n'est pas une cessation d'emploi. La «mise à pied», selon l'utilisation qui en est faite dans la jurisprudence, ne met pas fin à la relation employeur-employé. L'employé est plutôt congédié temporairement. Il y a encore espoir ou expectative d'un retour au travail. Mais pour le moment, il n'y a pas de travail pour l'employé. On dit que cet employé est mis à pied.

Quelques décisions permettront d'illustrer cette utilisation de l'expression. Dans l'arrêt *Air-Care Ltd. c. United Steel Workers of America*, [1976] 1 R.C.S. 2, à la p. 6, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a adopté la définition suivante des mots «mise à pied»:

«Mise à pied» n'est pas défini au *Code du travail* du Québec, S.R.Q. 1964, c. 141. Cependant, le *Nouveau Larousse Universel*, tome 2, définit «mise à pied» comme étant un «retrait temporaire d'emploi», et le

discharged” and *Nouveau Larousse Universel*, Tome 2 “Mise à pied”: “retrait temporaire d’emploi”.

The controlling idea of a layoff as a disruption (as opposed to termination) of the employment relationship is echoed by Vancise J.A. in *University Hospital v. Service Employees International Union, Local 333 U.H.* (1986), 46 Sask. R. 19. Stating that a layoff occurs when the employee-employer relationship is “seriously disrupted”, Vancise J.A. noted at p. 28 that *Black’s Law Dictionary* (5th ed. 1979) defines layoff as “[a] termination of employment at the will of employer. Such may be temporary (e.g. caused by seasonal or adverse economic conditions) or permanent”.

73 While in common parlance the term “layoff” is sometimes used synonymously with termination of the employment relationship, its function in the lexicon of the law is to define a cessation of employment where there is the possibility or expectation of a return to work. The expectation may or may not materialize. But because of this expectation, the employer-employee relationship is said to be suspended rather than terminated.

74 The suspension of the employer-employee relationship contemplated by the term “layoff” arises as a result of the employer’s removing work from the employee. As stated in *Re Benson & Hedges (Canada) Ltd. and Bakery, Confectionery and Tobacco Workers International Union, Local 325* (1979), 22 L.A.C. (2d) 361, at p. 366:

Arbitrators have generally understood the term “lay off” as describing the situation where the services of an employee have been temporarily or indefinitely suspended owing to a lack of available work in the plant. . . .

75 It follows that for there to be a layoff, there must be a cessation of work. If the employee continues to work substantially the same number of hours, his or her grievance is not, whatever else it may be, a layoff. As the Arbitration Board stated in *Re Benson & Hedges, supra*, at p. 370, “there is . . . a

Shorter Oxford English Dictionary définit «lay-off» comme étant [TRADUCTION] «une période durant laquelle un salarié est temporairement licencié».

L’idée dominante de la mise à pied, soit la perturbation (par opposition à la rupture) de la relation employeur-employé est reprise par le juge Vancise dans l’arrêt *University Hospital c. Service Employees International Union, Local 333 U.H.* (1986), 46 Sask. R. 19. Ayant dit qu’il y a une mise à pied lorsque la relation employeur-employé est [TRADUCTION] «gravement perturbée», le juge Vancise fait remarquer, à la p. 28, que le *Black’s Law Dictionary* (5^e éd. 1979) définit la mise à pied comme [TRADUCTION] «[u]ne cessation d’emploi au gré de l’employeur. Elle peut être temporaire (par exemple, être due à des conditions saisonnières ou économiques défavorables) ou permanente».

Bien qu’en langage ordinaire, l’expression «mise à pied» soit parfois utilisée comme synonyme de rupture de la relation employeur-employé, elle sert en terminologie juridique à définir une cessation d’emploi lorsqu’il y a possibilité ou expectative de retour au travail. L’expectative peut se concrétiser ou non. Mais en raison de cette expectative, on dit que la relation employeur-employé est suspendue plutôt que rompue.

La suspension de la relation employeur-employé envisagée par l’expression «mise à pied» survient lorsque l’employeur retire son travail à l’employé. Comme il est dit dans *Re Benson & Hedges (Canada) Ltd. and Bakery, Confectionery and Tobacco Workers International Union, Local 325* (1979), 22 L.A.C. (2d) 361, à la p. 366:

[TRADUCTION] En général, les arbitres ont compris l’expression «mise à pied» comme décrivant le cas où les services d’un employé sont suspendus, temporairement ou indéfiniment, en raison d’un manque de travail à l’usine . . .

Il s’ensuit que, pour qu’il y ait «mise à pied», il doit y avoir cessation d’emploi. Si l’employé continue de travailler essentiellement le même nombre d’heures, il ne peut se plaindre d’une mise à pied, quel que puisse être l’objet de son grief. Comme le conseil d’arbitrage l’a déclaré dans *Re Benson &*

general arbitral consensus that lay-off refers to cessation of work by an employee and that if it is to bear any other meaning it should be clearly spelled out by appropriate adjectival words or phrases [in the collective agreement]”.

This raises the question of whether a reduction of work short of cessation may be considered to be a “constructive layoff”. This question need not be decided in this case, since Ms. Hardy’s hours of work were not reduced. However, it arises in the companion case of *Battlefords and District Co-operatives Ltd. v. RWDSU, Local 544*, [1998] 1 S.C.R. 1118, and may conveniently be discussed here. We would not preclude the possibility that in certain circumstances, a significant reduction of hours might give rise to a constructive layoff. It might be argued that it is unfair to deny an employee recourse to relief on the ground of lay-off, simply because the employer occasionally gives the employee token amounts of work. Of course, where the alleged layoff occurs in the context of a collective agreement, the ultimate issue is whether the reduction of hours amounts to a layoff under the agreement. The question becomes one of construction of the agreement. We note that arbitrators have on occasion found constructive dismissal where the reduction is significant and affects only one employee, as opposed to all employees: see *Re City of Edmonton and Energy and Chemical Workers Union, Local 829* (1984), 15 L.A.C. (3d) 137, at p. 140; *Re Cove Guest Home and C.B.R.T. & G.W.* (1988), 1 L.A.C. (4th) 42, at p. 46; *Re Colonial Cookies (Division of Beatrice Foods Inc.) and U.F.C.W., Loc. 617P* (1990), 13 L.A.C. (4th) 405, at p. 411.

In light of the conclusion that the Board made a patently unreasonable error in finding Ms. Hardy was laid off when she had suffered no reduction of

Hedges, précité, à la p. 370, [TRADUCTION] «il existe . . . un consensus au sein des arbitres selon lequel la mise à pied renvoie à la cessation d’emploi de l’employé et si elle devait avoir un autre sens, celui-ci devrait être énoncé clairement par l’emploi des adjectifs ou des locutions adjectivales appropriés [dans la convention collective]».

Cela soulève la question de savoir si une réduction du temps de travail sans cessation d’emploi peut être considérée comme une «mise à pied déguisée». Nous n’avons pas à trancher cette question en l’espèce, puisque le nombre d’heures de travail de M^{me} Hardy n’a pas été réduit. Cependant, la question se pose dans l’affaire connexe *Battlefords and District Co-operatives Ltd. c. SDGMR, section locale 544*, [1998] 1 R.C.S. 1118, et il peut être utile de l’examiner ici. Nous ne sommes pas d’avis d’écarter la possibilité que, dans certaines circonstances, une réduction appréciable des heures de travail puisse donner lieu à une mise à pied déguisée. On pourrait soutenir qu’il n’est pas juste de refuser à un employé la possibilité de demander réparation en invoquant une mise à pied, pour la seule raison que l’employeur accorde parfois à l’employé un nombre symbolique d’heures de travail. Naturellement, lorsque la mise à pied alléguée survient dans le contexte d’une convention collective, la question fondamentale est de savoir si la réduction des heures de travail équivaut à une mise à pied sous le régime de la convention. Cela devient une question d’interprétation de la convention. Nous faisons remarquer que les arbitres ont parfois conclu au licenciement déguisé lorsque la réduction des heures de travail est appréciable et touche seulement un employé, par opposition à l’ensemble des employés: voir *Re City of Edmonton and Energy and Chemical Workers Union, Local 829* (1984), 15 L.A.C. (3d) 137, à la p. 140; *Re Cove Guest Home and C.B.R.T. & G.W.* (1988), 1 L.A.C. (4th) 42, à la p. 46; *Re Colonial Cookies (Division of Beatrice Foods Inc.) and U.F.C.W., Loc. 617P* (1990), 13 L.A.C. (4th) 405, à la p. 411.

Vu la conclusion que le conseil a commis une erreur manifestement déraisonnable en décidant que M^{me} Hardy avait été mise à pied alors qu’elle

hours, it may be useful to enquire as to what lay behind the Board's reasoning. In our view, the Board made three errors. First, it defined layoff too broadly. Second, it wrongly analogized the situation before it to the legal concept of constructive dismissal. Finally, it failed to place sufficient emphasis on the terms of the collective agreement which governed the remedies for the workplace changes that Ms. Hardy experienced. We will deal with each of these errors in turn.

78

The Board defined layoff generally as a disruption of the employer-employee relationship. Having found that the reduction of Ms. Hardy's scheduled hours and their replacement by unscheduled hours breached an obligation to schedule in Article A-1.01(2) of the collective agreement and disrupted the employer-employee relationship, it seems to have assumed that there must also have been a layoff. The error in this reasoning stems from defining layoff as synonymous with a work disruption. Many things may constitute a disruption of the employer-employee relationship. A layoff is merely one of them. It cannot be inferred from the fact that there was a disruption in the employer-employee relationship that there was a layoff. A layoff, as the foregoing authorities demonstrate, is the specific type of disruption that occurs as a result of a cessation of work.

79

The second error in the Board's reasoning was to treat constructive layoff as analogous to constructive dismissal. Counsel for the appellant took up this theme, basing his case on the contention that since the law recognizes constructive dismissal, it must recognize conduct falling short of dismissal as constructive layoff. The doctrine of constructive dismissal holds that an employer who radically changes the nature of an employee's work may, in appropriate circumstances, be held to have "constructively" dismissed the employee: see *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos.*, [1918] 1 K.B. 315; *Dauphinee v. Major Foods Ltd.*

n'avait subi aucune réduction de ses heures de travail, il peut être utile d'examiner les motifs sur lesquels repose le raisonnement du conseil. À notre avis, le conseil a commis trois erreurs. Premièrement, il a défini la mise à pied de façon trop large. Deuxièmement, il a établi à tort une analogie entre la situation dont il était saisi et la notion juridique de licenciement déguisé. Enfin, il n'a pas accordé suffisamment d'importance aux modalités de la convention collective qui régissent les recours prévus dans les cas de changements en milieu de travail tels ceux dont M^{me} Hardy a fait l'objet. Nous examinerons chacune de ces erreurs à tour de rôle.

Le conseil a défini la mise à pied de manière générale comme une perturbation de la relation employeur-employé. Ayant conclu que la réduction des heures normales de travail de M^{me} Hardy et leur remplacement par des heures non fixées d'avance violaient l'obligation d'établir des horaires prévue au par. A-1.01(2) de la convention collective et entraînaient une perturbation de la relation employeur-employé, il semble avoir présumé qu'il devait également y avoir eu mise à pied. L'erreur est de considérer la mise à pied et la perturbation du travail comme des synonymes. Beaucoup d'événements peuvent perturber la relation employeur-employé. La mise à pied en est un. On ne peut pas conclure qu'il y a eu mise à pied parce qu'il y a eu perturbation de la relation employeur-employé. La mise à pied, comme il ressort de la jurisprudence citée précédemment, est un genre particulier de perturbation qui survient à la suite de la cessation d'emploi.

La deuxième erreur relevée dans le raisonnement du conseil consiste à considérer la mise à pied déguisée comme étant analogue au licenciement déguisé. L'avocat de l'appelante a repris cette idée, en soutenant que, puisque la loi reconnaît le licenciement déguisé, elle doit reconnaître la mise à pied déguisée dans le comportement qui ne va pas jusqu'au licenciement. Selon la doctrine du licenciement déguisé, l'employeur qui modifie radicalement la nature du travail d'un employé peut, dans les circonstances appropriées, être considéré comme ayant licencié l'employé «de façon déguisée»: voir *In re Rubel Bronze and Metal Co.*

(1983), 56 N.S.R. (2d) 517 (S.C.), aff'd (1984), 62 N.S.R. (2d) 381 (C.A.); *Farquhar v. Butler Bros. Supplies Ltd.*, [1988] 3 W.W.R. 347 (B.C.C.A.); *Merilees v. Sears Can. Inc.* (1986), 24 B.C.L.R. (2d) 165 (S.C.), aff'd (1988), 24 B.C.L.R. (2d) 172 (C.A.). Counsel for the appellant argues that if a radical change in work or working conditions can effect a constructive dismissal, than a less radical change, like the reduction of scheduled hours in the case at bar, must be capable of amounting to a constructive layoff.

In fact, the analogy between constructive dismissal and constructive layoff is false. Constructive dismissal recognizes the fact that a drastic change in conditions of employment may be tantamount to terminating the employment relationship, entitling the employee to notice or damages in lieu of notice. Layoff simply refers to the temporary cessation of employment, for which damages are not available. The two concepts are quite different, as are the legal consequences that flow from them. It is conceivable that an employer's denial of scheduled hours to an employee in favour of other, more junior employees, could, in appropriate circumstances, support an argument of constructive dismissal outside the collective bargaining context. But unless the hours were reduced to the point that there has been a cessation of the employee's employment, there has been no layoff.

The Board's final error lay in failing to apply the collective agreement properly to Ms. Hardy's grievance. The relations between the parties were governed by the collective agreement. If the dispute fell under the terms of that agreement, no recourse to common law concepts like constructive dismissal or its alleged cousin, constructive layoff, was proper. Ms. Hardy alleged a violation of the collective agreement, in particular the "most available hours clause" and Letter of Understanding No. 5. In fact, the "most available hours clause" provided for assignments on the basis of seniority

and Vos., [1918] 1 K.B. 315; *Dauphinee c. Major Foods Ltd.* (1983), 56 N.S.R. (2d) 517 (C.S.), conf. (1984), 62 N.S.R. (2d) 381 (C.A.); *Farquhar c. Butler Bros. Supplies Ltd.*, [1988] 3 W.W.R. 347 (C.A.C.-B.); *Merilees c. Sears Can. Inc.* (1986), 24 B.C.L.R. (2d) 165 (C.S.), conf. (1988), 24 B.C.L.R. (4th) 172 (C.A.). L'avocat de la l'appelante soutient que, si une modification radicale du travail ou des conditions de travail peut entraîner un licenciement déguisé, une modification moins radicale, comme la réduction des heures normales de travail en l'espèce, doit pouvoir équivaloir à une mise à pied déguisée.

En fait, l'analogie entre le licenciement déguisé et la mise à pied déguisée est fautive. Le licenciement déguisé reconnaît le fait qu'une modification radicale des conditions d'emploi peut être l'équivalent d'une rupture de la relation employeur-employé, donnant à l'employé le droit d'être informé par avis ou de recevoir des dommages-intérêts tenant lieu d'avis. La mise à pied renvoie simplement à la cessation d'emploi temporaire qui n'ouvre pas droit à des dommages-intérêts. Les deux notions sont tout à fait différentes, comme le sont également les conséquences qu'elles entraînent en droit. Il est concevable que le fait de refuser des heures normales de travail à un employé pour les accorder à d'autres employés ayant moins d'ancienneté, puisse, dans les circonstances appropriées, venir étayer l'idée qu'un licenciement déguisé existe en dehors du cadre de la négociation collective. Mais à moins que le nombre d'heures de travail ait été réduit au point qu'il y ait cessation d'emploi, il n'y a pas eu mise à pied.

La dernière erreur du conseil est de ne pas avoir appliqué correctement la convention collective au grief de M^{me} Hardy. Les relations entre les parties étaient régies par la convention collective. Si le litige était visé par cette convention, il ne convenait pas de recourir à des notions de common law comme le licenciement déguisé ou sa soit-disant cousine, la mise à pied déguisée. Madame Hardy a prétendu qu'il y avait violation de la convention collective, notamment de la clause relative à l'attribution du «plus grand nombre d'heures» et du protocole d'entente n° 5. De fait, cette clause pré-

only within the employee's classification and department. It did not provide for cross-classification transfer of part-time employees on the basis of seniority and the Board concluded that it had not been violated. Instead, the Board, through the purported common law doctrine of constructive lay-off, converted Ms. Hardy's scheduling complaint into a layoff complaint and gave her a remedy available under the layoff provision — the right to be scheduled to work across classifications (Article 12.03 says that seniority governs in the case of lay-off of part-time employees). It found that the employer had breached Article A-1.01(2) by ceasing to pre-schedule Ms. Hardy for the hours she worked and relying on the call in procedure. In the Board's view, this breach of the scheduling provisions, which resulted in Ms. Hardy receiving substantially fewer scheduled hours while junior staff in other classifications were being scheduled to work, constituted a constructive layoff.

82

The Board did not find that, apart from the purported layoff, Ms. Hardy had the right to be scheduled across classifications. Rather, it found that she had that right because she had been laid off. Yet it based its conclusion that Ms. Hardy had been laid off on the fact that junior staff in other classifications were being scheduled to work. In effect, by importing a concept of constructive layoff not found in the collective agreement, the Board gave a remedy for the scheduling grievance not specified in the agreement. To put it another way, the remedy the Board granted is not rationally connected to the breach alleged and runs counter to the provisions of the collective agreement. It

voyait l'attribution des heures de travail en fonction de l'ancienneté seulement au sein de la catégorie d'emploi et du rayon de l'employé. Elle ne prévoyait pas le transfert des employés à temps partiel d'une catégorie à une autre en fonction de l'ancienneté, et le conseil a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de cette clause. En invoquant la prétendue doctrine de common law de la mise à pied déguisée, le conseil a plutôt transformé la plainte de M^{me} Hardy qui portait sur l'établissement des horaires en une plainte concernant une mise à pied et il lui a accordé une réparation prévue par la disposition relative à la mise à pied — le droit d'obtenir des heures normales de travail dans toutes les catégories d'emploi (l'article 12.03 indique que l'ancienneté joue en cas de mise à pied d'employés à temps partiel). Il a jugé que l'employeur avait dérogé au par. A-1.01(2) en cessant de fixer à l'avance les heures de travail de M^{me} Hardy et en s'en remettant à la pratique du rappel au travail. De l'avis du conseil, ce manquement aux dispositions relatives à l'établissement des horaires, qui a fait en sorte que M^{me} Hardy a obtenu considérablement moins d'heures normales de travail alors que des employés ayant moins d'ancienneté et faisant partie d'autres catégories d'emploi ont obtenu des heures normales de travail, constituait une mise à pied déguisée.

Sauf pour ce qui est de la prétendue mise à pied, le conseil n'a pas conclu que M^{me} Hardy avait le droit d'obtenir des heures normales de travail dans toutes les catégories d'emploi. Au contraire, il a jugé qu'elle y avait droit parce qu'elle avait été mise à pied. Pourtant, pour étayer la conclusion voulant que M^{me} Hardy avait été mise à pied, il a invoqué le fait que des employés ayant moins d'ancienneté et faisant partie d'autres catégories d'emploi avaient obtenu des heures normales de travail. Dans les faits, en important une notion de mise à pied déguisée, non prévue dans la convention collective, le conseil a accordé pour un grief portant sur l'établissement des horaires une réparation qui n'était pas mentionnée dans la convention. En d'autres termes, la réparation accordée par le conseil n'a pas de lien rationnel avec la violation alléguée et va à l'encontre des dispositions de la convention collective. Elle crée une contradiction

creates an internal contradiction within the collective agreement that is patently unreasonable.

We conclude that the decision of the Board was patently unreasonable. We would dismiss the appeal with costs and affirm the order of the Court of Appeal.

Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Kowalchuk Law Office, Regina.

Solicitors for the respondent: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

interne dans la convention collective qui est manifestement déraisonnable.

Nous concluons que la décision du conseil était manifestement déraisonnable. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs des appelants: Kowalchuk Law Office, Regina.

Procureurs de l'intimée: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.

**Retail, Wholesale and Department Store
Union, Local 544 and Marcella
Peters** *Appellants*

v.

**Battlefords and District Co-operatives
Limited** *Respondent*

INDEXED AS: BATTLEFORDS AND DISTRICT CO-OPERATIVES
LTD. v. RWDSU, LOCAL 544

File No.: 25366.

1998: January 27; 1998: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

*Labour law — Collective agreement — Judicial
review — Reduction of hours of work — Whether reduc-
tion of hours of work constituted a layoff — Whether
arbitration board decision finding breach of collective
agreement patently unreasonable.*

The appellant employee's hours of work were gradu-
ally diminished when the size of her department was
reduced and effectively combined with another depart-
ment. While her hours were being reduced, staff from
the other department (all junior to her) were assigned
hours for tasks normally performed by her department
and her request to transfer to that department was
refused. The grievance alleged that the substantial
reduction in hours of work amounted to a partial layoff.
A labour arbitration board allowed the grievance and
declared that the terms of the collective agreement had
been breached and that a layoff had occurred. The
respondent's application for judicial review was dis-
missed by the Court of Queen's Bench but an appeal
from that decision was allowed by the Court of Appeal.
At issue here is whether it is patently unreasonable for
an arbitration board to conclude that a significant reduc-
tion in work hours in circumstances where a part-time
employee was singled out can amount to a constructive
layoff.

Held: The appeal should be allowed.

**Syndicat des détaillants, grossistes et
magasins à rayons, section locale 544 et
Marcella Peters** *Appelants*

c.

**Battlefords and District Co-operatives
Limited** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BATTLEFORDS AND DISTRICT CO-OPERATIVES
LTD. c. SDGMR, SECTION LOCALE 544

N° du greffe: 25366.

1998: 27 janvier; 1998: 4 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

*Droit du travail — Convention collective — Contrôle
judiciaire — Réduction des heures de travail — La
réduction des heures de travail constituait-elle une mise
à pied? — La décision dans laquelle le conseil d'arbi-
trage a conclu à une violation de la convention collec-
tive est-elle manifestement déraisonnable?*

L'employée appelante a vu ses heures de travail dimi-
nuer progressivement quand son rayon a été réduit et, en
fait, fusionné avec un autre rayon. Alors que le nombre
de ses heures de travail diminuait, les employés de
l'autre rayon (qui avaient tous moins d'ancienneté
qu'elle) se voyaient confier des tâches normalement
accomplies par les employés de son rayon, et sa
demande de mutation à ce rayon a été refusée. Dans le
grief, il était allégué que la réduction considérable des
heures de travail équivalait à une mise à pied partielle.
Un conseil d'arbitrage a accueilli le grief et a déclaré
que les conditions de la convention collective avaient
été violées et qu'il y avait eu mise à pied. La demande
de contrôle judiciaire de l'intimée a été rejetée par la
Cour du Banc de la Reine, mais un appel de cette déci-
sion a été accueilli par la Cour d'appel. Il s'agit, en l'es-
pèce, de décider s'il est manifestement déraisonnable
qu'un conseil d'arbitrage conclue qu'une réduction
appréciable des heures de travail, dans des circonstances
où un employé à temps partiel était visé, peut équivaloir
à une mise à pied déguisée.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

The appropriate standard of review in this case is that of patent unreasonableness and the principles set out in *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454* are applicable.

The Board's conclusion that the reduction in hours amounted to a constructive layoff was not patently unreasonable. A significant reduction in hours, in circumstances where a particular employee is singled out, may amount to a constructive layoff. The collective agreement did not define "layoff". In these circumstances the Board had jurisdiction to interpret "layoff" as it appeared in the general provision dealing with layoffs in the context of the entire agreement.

Employers must have the ability to reorganize their departments and staff. Nevertheless, absent a clearly expressed intention to the contrary, the provisions in a collective agreement should not generally be interpreted in a way that undermines acquired seniority rights of employees and fundamentally alters the nature of the employment.

The Board's decision was not patently unreasonable merely because the appendix provision, which entitled part-time workers with seniority to work in their department, was not applied or because practical difficulties might arise in other circumstances. In reaching its decision the Board made use of the concept of constructive layoff. The fact that the concept was unknown at the time the collective agreement was entered into did not have the effect of changing the Board's decision from one of interpreting the agreement to one of amending it. Finally, as an expert tribunal, the Board could collaterally observe the significant number of part-time employees in the retail industry and its decision would not be patently unreasonable even if this observation were wrong.

Cases Cited

Applied: *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; **referred to:** *Re City of Edmonton and Energy and Chemical Workers Union, Local 829* (1984), 15 L.A.C. (3d) 137; *Re Cove Guest Home and C.B.R.T. & G.W.* (1988), 1 L.A.C. (4th) 42; *Re Colonial Cookies (Division of Beatrice Foods Inc.) and U.F.C.W., Loc. 617P* (1990), 13 L.A.C. (4th) 405.

La norme de contrôle appropriée en l'espèce est celle du caractère manifestement déraisonnable, et les principes énoncés dans l'arrêt *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454* s'appliquent.

Il n'était pas manifestement déraisonnable que le conseil conclue que la réduction des heures de travail équivalait à une mise à pied déguisée. Une réduction appréciable des heures de travail, dans des circonstances où un employé en particulier est visé, peut équivaloir à une mise à pied déguisée. La convention collective ne définissait pas la «mise à pied». Dans ces circonstances, le conseil avait compétence pour interpréter, dans le cadre de toute la convention, l'expression «mise à pied» figurant dans la disposition générale traitant des mises à pied.

Des employeurs doivent pouvoir réorganiser leurs rayons et leur personnel. Néanmoins, en l'absence d'une intention contraire clairement exprimée, les dispositions d'une convention collective ne devraient pas généralement être interprétées de façon à miner les droits acquis des employés en matière d'ancienneté et à modifier fondamentalement la nature des emplois.

La décision du conseil n'était pas manifestement déraisonnable du simple fait que la disposition de l'annexe, qui donne aux employés à temps partiel ayant de l'ancienneté le droit de travailler dans leur rayon, n'a pas été appliquée ou que des difficultés pratiques pourraient se poser dans d'autres circonstances. En rendant sa décision, le conseil s'est servi de la notion de mise à pied déguisée. Le fait que cette notion était inconnue au moment de la signature de la convention collective n'a pas transformé la décision du conseil en une modification de la convention au lieu d'une interprétation de celle-ci. Enfin, en tant que tribunal spécialisé, le conseil pouvait observer de façon secondaire le grand nombre d'employés à temps partiel dans le secteur de la vente au détail et sa décision ne serait pas manifestement déraisonnable même si cette observation était erronée.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; **arrêts mentionnés:** *Re City of Edmonton and Energy and Chemical Workers Union, Local 829* (1984), 15 L.A.C. (3d) 137; *Re Cove Guest Home and C.B.R.T. & G.W.* (1988), 1 L.A.C. (4th) 42; *Re Colonial Cookies (Division of Beatrice Foods Inc.) and U.F.C.W., Loc. 617P* (1990), 13 L.A.C. (4th) 405.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1996), 144 Sask. R. 20, 124 W.A.C. 20, [1996] S.J. No. 199 (QL), allowing an appeal from a judgment of Matheson J. (1993), 114 Sask. R. 200, dismissing an application for judicial review from a labour arbitration board decision. Appeal allowed.

Leila J. Gosselin and Larry W. Kowalchuk, for the appellants.

Dale K. Hallson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ CORY AND MCLACHLIN JJ. — This appeal was heard at the same time as that of *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079. The issue raised is the same: namely whether it is patently unreasonable for an arbitration board to conclude that a reduction in the work hours of a part-time employee can amount to a constructive layoff. However, the factual background and the reasons of the Board are significantly different.

Factual Background

² Marcella Peters was a regular part-time employee in the bakery department of the Battlefords and District Co-operatives Ltd. The employer decided to reduce the size of the bakery department and effectively combine it with the deli department. As a consequence, Ms. Peters' hours were reduced progressively over a period of time from an average of 30 to 35 hours per week to 28 hours per week. By the time the grievance had been filed, she was averaging only 13 hours per week.

³ While Ms. Peters' hours were being reduced, staff from the deli department, who were all junior to her, were assigned tasks normally performed by those in the bakery department. When Ms. Peters complained to the manager, she was informed that the bakery department was losing money and as a result the reductions in hours were necessary. As a consequence of the amalgamation of the bakery

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1996), 144 Sask. R. 20, 124 W.A.C. 20, [1996] S.J. No. 199 (QL), qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Matheson (1993), 114 Sask. R. 200, qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un conseil d'arbitrage. Pourvoi accueilli.

Leila J. Gosselin et Larry W. Kowalchuk, pour les appelants.

Dale K. Hallson, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES CORY ET MCLACHLIN — Le présent pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079. La question soulevée est la même, à savoir s'il est manifestement déraisonnable qu'un conseil d'arbitrage conclue qu'une réduction des heures de travail d'un employé à temps partiel peut équivaloir à une mise à pied déguisée. Cependant, les faits et les motifs du conseil d'arbitrage sont sensiblement différents.

Les faits

Marcella Peters était une employée permanente à temps partiel du rayon de la boulangerie de la Battlefords and District Co-operatives Ltd. L'employeur a décidé de réduire la taille du rayon de la boulangerie et, en fait, de le fusionner avec celui de la charcuterie. Par conséquent, le nombre d'heures de travail de M^{me} Peters est passé progressivement d'une moyenne de 30 à 35 heures par semaine à 28 heures par semaine. Lors du dépôt du grief, elle ne travaillait plus en moyenne que 13 heures par semaine.

Alors que le nombre d'heures de travail de M^{me} Peters diminuait, les employés du rayon de la charcuterie, qui avaient tous moins d'ancienneté qu'elle, se voyaient confier des tâches normalement accomplies par les employés du rayon de la boulangerie. Lorsque M^{me} Peters s'est plainte au chef de service, il lui a répondu que le rayon de la boulangerie perdait de l'argent et qu'il fallait donc

and deli departments, there was limited need for bakery staff to be involved in sales. There was only one person junior to Ms. Peters in the bakery department, and his hours were reduced even more than Ms. Peters' hours. Ms. Peters request to be transferred to the deli department was refused.

In her grievance, Ms. Peters claimed that the substantial reduction of her hours of work amounted to a partial layoff. She claimed the right to exercise her seniority rights under the collective agreement and as well she sought monetary compensation.

Decisions Below

Arbitration Board

The Board found that the term "layoff" was not defined in the collective agreement and turned to the decisions of other boards for guidance. It found that every reduction in work hours does not amount to a layoff. While it recognized that management should have the discretion to reorganize the workplace and reduce staff or hours where required, the Board distinguished situations where all employees' work hours were reduced for economic reasons from those where the hours of only some of the staff are reduced. Although no layoff can be said to have occurred in the former case, the latter may constitute a layoff. The Board also found that a layoff can occur without there having been a total elimination of an individual's work hours.

The Board held that the reduction of Ms. Peters' hours was not a mere issue of scheduling but one of layoff as well. Further, it was contrary to the collective agreement for "junior employees in other departments [to] be given more hours of work to do a job for which a more senior

réduire le nombre d'heures de travail. Par suite de la fusion des rayons de la boulangerie et de la charcuterie, les employés de la boulangerie n'avaient plus tellement à s'occuper de la vente des produits. Une seule personne avait moins d'ancienneté que M^{me} Peters dans le rayon de la boulangerie, et le nombre de ses heures de travail a été réduit encore plus que dans le cas de M^{me} Peters. Cette dernière a présenté une demande de mutation au rayon de la charcuterie, qui a été refusée.

Dans son grief, M^{me} Peters a prétendu que la réduction considérable de ses heures de travail équivalait à une mise à pied partielle. Elle a revendiqué le droit d'exercer ses droits d'ancienneté en vertu de la convention collective et a également demandé une indemnité financière.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le conseil d'arbitrage

Le conseil a conclu que l'expression «mise à pied» n'était pas définie dans la convention collective et a décidé de consulter les décisions d'autres conseils. Il a estimé qu'une réduction des heures de travail n'équivaut pas toujours à une mise à pied. Tout en reconnaissant que la direction devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de réorganiser le lieu de travail et de réduire, au besoin, le personnel ou le nombre d'heures de travail, le conseil a fait une distinction entre les cas où le nombre d'heures de travail de tous les employés était réduit pour des raisons économiques et ceux où il y a réduction du nombre d'heures de travail de certains employés seulement. Bien que l'on ne puisse pas dire qu'il y a eu mise à pied dans le premier cas, il peut y en avoir une dans le dernier cas. Le conseil a également statué qu'il peut y avoir mise à pied sans que les heures de travail d'une personne soient totalement éliminées.

Le conseil a jugé que la réduction des heures de travail de M^{me} Peters était non seulement une question d'aménagement des horaires, mais encore une question de mise à pied. De plus, il était contraire à la convention collective que [TRADUCTION] «des employés d'autres rayons, qui ont moins d'ancienneté, se voient attribuer plus d'heures de

4

5

6

employee is qualified to work". Ms. Peters' grievance was upheld.

Court of Queen's Bench (1993), 114 Sask. R. 200

7 Matheson J. held that the Board's decision could only be set aside if it was patently unreasonable.

8 Following a review of leading texts which have discussed the meaning of "layoff", Matheson J. concluded that the term has generally been interpreted to refer to "temporary severance of the employment relationship for the purpose of reducing the employment force to meet the manning requirements of the employer" (p. 203). He noted that according to this interpretation, a mere reduction in working hours could not constitute a layoff. However, he found that the meaning of "layoff" must be examined in the context of each individual arbitration and that the particular effects of the alleged layoff on the grievor's seniority rights had to be considered.

9 Matheson J. found it significant that three other arbitration boards had concluded that if a worker's hours are reduced, while more junior employees are permitted to work without any reduction in their hours, a layoff has occurred. In light of these decisions, he concluded that the Board's award could not be characterized as patently unreasonable. The application to quash was dismissed.

Court of Appeal (1996), 144 Sask. R. 20

10 In a brief oral decision, the appeal was allowed and the Board's award quashed. The court found the case indistinguishable from *Canada Safeway Ltd.*, *supra*.

travail pour exécuter une tâche qu'un employé ayant plus d'ancienneté est qualifié pour exécuter». Le grief de M^{me} Peters a été accueilli.

Cour du Banc de la Reine (1993), 114 Sask. R. 200

Le juge Matheson a conclu que la décision du conseil ne pouvait être annulée que si elle était manifestement déraisonnable.

Après examen des principaux textes où le sens de l'expression «mise à pied» («*layoff*») a été analysé, le juge Matheson a conclu qu'elle a généralement été interprétée de façon à désigner [TRADUCTION] «toute rupture temporaire de la relation employeur-employé destinée à réduire le personnel afin de satisfaire aux exigences de l'employeur en matière de dotation» (p. 203). Il a noté que, selon cette interprétation, une simple réduction des heures de travail ne pouvait pas constituer une mise à pied. Toutefois, il a statué qu'il faut examiner le sens de «mise à pied» dans le cadre de chaque arbitrage et qu'il fallait tenir compte des effets particuliers de la mise à pied alléguée sur les droits d'ancienneté de la plaignante.

Le juge Matheson a estimé important que trois autres conseils d'arbitrage aient conclu qu'il y a mise à pied s'il y a réduction du nombre d'heures de travail d'un employé, alors que des employés qui ont moins d'ancienneté sont autorisés à travailler sans faire l'objet d'aucune réduction à cet égard. Compte tenu de ces décisions, il a conclu que la décision du conseil ne pouvait pas être qualifiée de manifestement déraisonnable. La demande d'annulation a été rejetée.

Cour d'appel (1996), 144 Sask. R. 20

L'appel a été accueilli dans une brève décision orale et la décision du conseil a été annulée. La cour a jugé que l'on ne pouvait pas distinguer la présente affaire d'avec *Canada Safeway Ltd.*, précité.

The Standard of Review

The appropriate standard of review in this case is that of patent unreasonableness and the principles set out in *Canada Safeway Ltd.*, *supra*, are applicable. The Board's decision should only be set aside if it fails to meet that standard.

Was the Board's Decision Patently Unreasonable?

Article 8 of the Collective Agreement deals with layoffs. It reads:

ARTICLE 8 — LAYOFFS AND RECALLS

1. When reducing or recalling staff, seniority shall prevail, provided the senior employee has the merit, ability and fitness to handle the work to be performed.

The Board held that "layoff" or "reducing staff" was "capable of meaning either a reduction in the hours of work assigned to one staff person or a total elimination of that person's hours". It emphasized that employees with less seniority were assigned hours which Ms. Peters would otherwise have been entitled to work.

In making this finding, the Board gave no consideration to Appendix B, paragraph 6 of the collective agreement which arguably limits the right of part-time employees to be rescheduled on the basis of seniority, to rescheduling within departments only. It provides:

6. Regular part-time employees' hours of work shall be scheduled and they shall be called to work on the basis of seniority subject to availability and providing the employee has the merit and ability to handle the work to be performed. The provision shall apply on a departmental basis only.

La norme de contrôle

La norme de contrôle appropriée en l'espèce est celle du caractère manifestement déraisonnable, et les principes énoncés dans l'arrêt *Canada Safeway Ltd.*, précité, s'appliquent. La décision du conseil ne devrait être annulée que si elle ne satisfait pas à cette norme.

La décision du conseil était-elle manifestement déraisonnable?

L'article 8 de la convention collective traite des mises à pied. Il est rédigé ainsi:

[TRADUCTION]

ARTICLE 8 — MISES À PIED ET RAPPELS AU TRAVAIL

1. Lors de la réduction ou du rappel du personnel, l'ancienneté prévaut, pourvu que l'employé qui a le plus d'ancienneté ait le mérite, la capacité et l'aptitude requises pour faire le travail.

Le conseil a jugé que les expressions «mise à pied» ou «réduction de personnel» [TRADUCTION] «pouvaient désigner soit une réduction des heures de travail attribuées à un membre du personnel, soit l'élimination totale des heures de travail de cette personne». Il a souligné que des employés ayant moins d'ancienneté se sont vu attribuer des heures de travail auxquelles M^{me} Peters aurait eu droit par ailleurs.

En tirant cette conclusion, le conseil n'a pas tenu compte du paragraphe 6 de l'annexe B de la convention collective qui, pourrait-on soutenir, limite le droit des employés à temps partiel de voir leur horaire de travail réaménagé en fonction de leur ancienneté, au réaménagement des horaires à l'intérieur des rayons seulement. Il prévoit:

[TRADUCTION]

6. L'horaire de travail des employés permanents à temps partiel doit être établi et ceux-ci doivent être appelés au travail en fonction de l'ancienneté sous réserve de disponibilité et pourvu que l'employé ait le mérite et la capacité requises pour faire le travail. Cette disposition s'applique seulement à l'intérieur d'un même rayon.

11

12

13

- 14 The respondent, employer argued: (1) that the Board's finding of an Article 8 layoff on the basis of a reduction of hours was patently unreasonable, particularly in view of Appendix B, paragraph 6; (2) that the Board's interpretation of the collective agreement as a whole was patently unreasonable; (3) that the Board's decision altered the terms of the collective agreement in a patently unreasonable manner.
- 15 It is true that the case could have been decided differently. However, in light of the facts presented in this case, it cannot be said that the conclusion of the Board, that the reduction in hours amounted to a constructive layoff in the circumstances of this case, was patently unreasonable. Here only two employees had their hours of work substantially reduced while more junior employees replaced them. It was clearly within the jurisdiction of the Board to interpret "layoff" as it appeared in Article 8 of the collective agreement. The collective agreement did not specifically define layoff. It was therefore open to the Board to give the term a meaning in the context of the entire agreement.
- 16 In the companion case *Canada Safeway Ltd.*, *supra*, consideration was given to the circumstances in which a constructive layoff might be found. It was observed that a significant reduction of hours might be capable of supporting a finding of constructive layoff. When the parties are governed by a collective agreement, the essential question is whether the facts can lead to a finding of constructive layoff in the context of the agreement.
- 17 It has been held in several arbitral decisions that a significant reduction in hours, in circumstances where a particular employee is singled out, may amount to a constructive layoff: see *Re City of Edmonton and Energy and Chemical Workers Union, Local 829* (1984), 15 L.A.C. (3d) 137, at p. 140; *Re Cove Guest Home and C.B.R.T. & G.W.* (1988), 1 L.A.C. (4th) 42, at p. 46; *Re Colonial*
- L'employeur intimé a fait valoir (1) que la conclusion du conseil qu'il s'agissait d'une mise à pied fondée sur une réduction des heures, au sens de l'article 8, était manifestement déraisonnable, plus particulièrement compte tenu du paragraphe 6 de l'annexe B, (2) que l'interprétation donnée par le conseil à la convention collective dans son ensemble était manifestement déraisonnable, et (3) que la décision du conseil modifiait les conditions de la convention collective d'une manière manifestement déraisonnable.
- Il est vrai que l'affaire aurait pu être tranchée différemment. Cependant, compte tenu des faits présentés en l'espèce, on ne peut pas dire qu'il était manifestement déraisonnable que le conseil conclue que la réduction des heures de travail équivalait à une mise à pied déguisée dans les circonstances de la présente affaire. Ici, seuls deux employés ont connu une réduction appréciable de leurs heures de travail alors que des employés ayant moins d'ancienneté les remplaçaient. Il relevait clairement de la compétence du conseil d'interpréter l'expression «mise à pied» figurant à l'article 8 de la convention collective. La convention collective ne définissait pas expressément la mise à pied. Le conseil pouvait donc donner un sens à l'expression dans le cadre de toute la convention.
- Dans l'affaire connexe *Canada Safeway Ltd.*, précitée, on a pris en considération les circonstances dans lesquelles il serait possible de conclure à l'existence d'une mise à pied déguisée. On a fait remarquer qu'une réduction appréciable des heures de travail serait susceptible d'étayer une conclusion qu'il y a mise à pied déguisée. Lorsque les parties sont régies par une convention collective, il s'agit essentiellement de savoir si les faits peuvent amener à conclure à l'existence d'une mise à pied déguisée dans le cadre de la convention.
- Il a été jugé dans plusieurs décisions arbitrales qu'une réduction appréciable des heures de travail, dans des circonstances où un employé en particulier est visé, peut équivaloir à une mise à pied déguisée: voir *Re City of Edmonton and Energy and Chemical Workers Union, Local 829* (1984), 15 L.A.C. (3d) 137, à la p. 140; *Re Cove Guest Home and C.B.R.T. & G.W.* (1988), 1 L.A.C. (4th)

Cookies (Division of Beatrice Foods Inc.) and U.F.C.W., Loc. 617P (1990), 13 L.A.C. (4th) 405, at p. 411. This conclusion seems eminently reasonable. It follows that it was not patently unreasonable for the Board in this case to conclude that there had been a layoff.

The respondent argued that Appendix B, paragraph 6, makes it clear that Article 8 did not apply to Ms. Peters, and that when it is taken into account, the Board's construction appears to be patently unreasonable. While the Board should have considered Appendix B, paragraph 6, the failure to do so does not of itself make the Board's decision patently unreasonable. The provision entitles part-time workers with seniority to hours of work within their departments. But it does not expressly deal with the situation presented here where tasks traditionally assigned to employees in one department are assigned to employees in another department as part of a workplace reorganization. It cannot be said that Appendix B, paragraph 6, was intended to supersede Article 8 in situations where the significant reductions in hours of apparently targeted employees amounted to constructive layoffs. Rather a strong argument could be made that paragraph 6 contemplates a situation where departments remain more or less stable. It does not address a reorganization which dramatically reduces a department so as to undermine part-time employees' seniority rights. Employers must have the ability to reorganize their departments and staff. Yet, in the absence of a clearly expressed intention to the contrary, the provisions in a collective agreement should not generally be interpreted in a way that undermines acquired seniority rights of employees and fundamentally alters the nature of the employment. Appendix B, paragraph 6 does not demand such an interpretation. Therefore, it cannot be said that it was patently unreasonable for the Board not to apply it to the facts of this case.

42, à la p. 46; *Re Colonial Cookies (Division of Beatrice Foods Inc.) and U.F.C.W., Loc. 617P* (1990), 13 L.A.C. (4th) 405, à la p. 411. Cette conclusion semble parfaitement raisonnable. Il s'ensuit qu'il n'était pas manifestement déraisonnable que le conseil conclue, en l'espèce, qu'il y avait eu mise à pied.

L'intimée a soutenu que, d'après le paragraphe 6 de l'annexe B, il est clair que l'article 8 ne s'appliquait pas à M^{me} Peters et que, lorsqu'on la prend en considération, l'interprétation du conseil semble manifestement déraisonnable. Même si le conseil avait dû tenir compte du paragraphe 6 de l'annexe B, l'omission de le faire ne rend pas en soi la décision du conseil manifestement déraisonnable. La disposition donne aux employés à temps partiel ayant de l'ancienneté le droit à des heures de travail au sein de leurs rayons respectifs. Mais elle ne traite pas expressément de la situation qui se présente en l'espèce, où des tâches attribuées traditionnellement aux employés d'un rayon sont confiées à des employés d'un autre rayon dans le cadre d'une réorganisation du lieu de travail. On ne peut pas dire que le paragraphe 6 de l'annexe B visait à remplacer l'article 8 dans des cas où les réductions appréciables des heures de travail d'employés apparemment ciblés équivalaient à des mises à pied déguisées. Au contraire, on pourrait sérieusement faire valoir que le paragraphe 6 envisage le cas où des rayons restent plus ou moins stables. Il ne traite pas d'une réorganisation qui réduit sérieusement un rayon au point de miner les droits d'ancienneté d'employés à temps partiel. Des employeurs doivent pouvoir réorganiser leurs rayons et leur personnel. Pourtant, en l'absence d'une intention contraire clairement exprimée, les dispositions d'une convention collective ne devraient pas généralement être interprétées de façon à miner les droits acquis des employés en matière d'ancienneté et à modifier fondamentalement la nature des emplois. Le paragraphe 6 de l'annexe B ne commande pas une telle interprétation. Par conséquent, on ne peut pas dire qu'il était manifestement déraisonnable que le conseil ne l'applique pas aux faits de la présente affaire.

19 The respondents' second argument is that if "layoff" in Article 8 is interpreted to include a reduction in hours, then the logical corollary is that "recall" must be interpreted to include an increase in hours. This, the respondent suggests, is absurd. On this issue, the reasons of Matheson J. are sound. In his view, the suggestion that a decision applying a collective agreement may give rise to practical difficulties in other circumstances did not suffice to show that the decision was patently unreasonable. Moreover, he was not certain that the suggested problem would ever arise.

20 The respondents' third argument is that since the concept of a constructive layoff was not known at the time the collective agreement was made, it is patently unreasonable to interpret the agreement as including this possibility. This, it is said, would amount to the Board amending the agreement. This submission cannot be accepted. The Board, in its decision, interpreted the agreement. It did not amend it.

21 Finally, the respondents characterize the Board's reference to "the significant number of employees in this province who are employed on a part-time basis in the retail industry" as an irrational finding of fact unsupported by the evidence. This is not correct. This is something that the Board, as an expert tribunal, would know and could consider in its reasons. In any event, it is a collateral observation and even if it were wrong, it would not suffice to establish that the Board's decision was patently unreasonable.

22 The appeal will be allowed, the order of the Court of Appeal set aside and the order of the Board restored. The appellants will have their costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Kowalchuk Law Office, Regina.

Le deuxième argument de l'intimée est que, si la «mise à pied» dont il est question à l'article 8 est interprétée comme incluant une réduction des heures de travail, il s'ensuit logiquement que le «rappel au travail» doit être interprété comme incluant une augmentation des heures de travail. Cela est absurde, selon l'intimée. Le juge Matheson a exposé des motifs valables sur ce point. À son avis, l'idée qu'une décision appliquant une convention collective puisse soulever des difficultés pratiques dans d'autres circonstances n'était pas suffisante pour démontrer que la décision était manifestement déraisonnable. De plus, il n'était pas certain que le problème évoqué se poserait jamais.

Le troisième argument de l'intimée est que, puisque la notion de mise à pied déguisée n'était pas connue au moment de la signature de la convention collective, il est manifestement déraisonnable d'interpréter la convention comme comportant cette possibilité. Cela, dit-on, équivaldrait à une modification de la convention par le conseil. Cet argument ne saurait être retenu. Dans sa décision, le conseil a interprété la convention. Il ne l'a pas modifiée.

Enfin, l'intimée qualifie de conclusion de fait irratiounelle non étayée par la preuve l'allusion faite par le conseil [TRADUCTION] «au grand nombre d'employés dans la province qui travaillent à temps partiel dans le secteur de la vente au détail». Cela est inexact. C'est quelque chose que le conseil, en tant que tribunal spécialisé, savait et dont il pouvait tenir compte dans ses motifs. De toute façon, c'est une observation secondaire qui, même si elle était erronée, ne serait pas suffisante pour établir que la décision du conseil était manifestement déraisonnable.

Le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et l'ordonnance du conseil est rétablie. Les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Kowalchuk Law Office, Regina.

Solicitor for the respondent: Federated Co-operatives Limited, Saskatoon.

Procureur de l'intimée: Federated Co-operatives Limited, Saskatoon

Victor Daniel Williams *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., the African Canadian Legal Clinic, the Urban Alliance on Race Relations (Justice) and the Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. WILLIAMS

File No.: 25375.

1998: February 24; 1998: June 4.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial — Procedure — Challenge for cause — Racial bias — Whether prospective jurors can be questioned as to racial bias — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 638, 649 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 15(1).

The accused, an aboriginal, pleaded not guilty to a robbery charge and elected a trial by judge and jury. The trial judge at the first trial allowed questions to be put to potential jurors but the Crown successfully applied for a mistrial on the basis of procedural errors and the "unfortunate publicity" of the jury selection process. At the second trial, the judge who heard the accused's motion for an order permitting him to challenge jurors for cause dismissed the motion. The judge who presided at the trial dismissed a renewed application and did not warn the jury, either in his opening or closing addresses, to be aware of or to disregard any bias or prejudice that they might feel towards the accused as a native person. The Court of Appeal dismissed an appeal from conviction. The courts below accepted that there was widespread prejudice against aboriginal people in the community.

Victor Daniel Williams *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., l'African Canadian Legal Clinic, l'Urban Alliance on Race Relations (Justice) et la Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. WILLIAMS

N° du greffe: 25375.

1998: 24 février; 1998: 4 juin.

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

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

Droit criminel — Procès — Procédure — Récusation motivée — Préjugés raciaux — Peut-on interroger des candidats jurés afin de vérifier s'ils ont des préjugés raciaux? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 638, 649 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 15(1).

L'accusé, un autochtone, a plaidé non coupable relativement à une accusation de vol qualifié et a choisi d'être jugé devant un juge et un jury. Le juge qui a instruit le premier procès a permis que des questions soient posées aux candidats jurés, mais le ministère public a demandé avec succès que le procès soit déclaré nul en raison d'erreurs de procédure et de la «publicité déplorable» qui avait entouré le processus de sélection des jurés. Lors du second procès, le juge qui a entendu la demande de l'accusé visant à obtenir une ordonnance l'autorisant à récuser des jurés pour cause l'a rejetée. Le juge qui a présidé le procès a rejeté une nouvelle demande en ce sens et n'a pas prévenu les membres du jury, que ce soit dans son exposé initial ou dans son exposé final, qu'ils devraient être conscients de tout préjugé qu'ils pourraient avoir contre l'accusé en tant qu'autochtone, ou

At issue here is whether the evidence of widespread bias against aboriginal people in the community raises a realistic potential of partiality.

Held: The appeal should be allowed.

The prosecution and the defence are entitled to challenge potential jurors for cause on the ground of partiality. Candidates for jury duty are presumed to be indifferent or impartial and this presumption must be displaced before they can be challenged and questioned. Usually the party seeking the challenge calls evidence substantiating the basis of the concern. Alternatively, where the basis of the concern is widely known and accepted, the law of evidence may permit a judge to take judicial notice of it. The judge has a wide discretion in controlling the challenge process and should permit challenges if there is a realistic possibility that the jury pool may contain people whose racial prejudice might incline them to favour the Crown rather than the accused in deciding the matters that fall to them in the course of the trial.

Judicial directions to act impartially cannot always be assumed to be effective in countering racial prejudice. Where doubts are raised, the better policy is to err on the side of caution and permit prejudice to be examined. A motion to challenge for cause therefore need not be dismissed if there was "no concrete evidence" that any of the prospective jurors could not set aside their biases. The expectation that jurors usually behave in accordance with their oaths does not obviate the need to permit challenges for cause where it is established that the community suffers from widespread prejudice against people of the accused's race sufficient to create a realistic potential for partiality.

The contention that there need be some evidence of bias of a particular nature and extent against aboriginal persons, or even further, that racial prejudice in the community must be linked to specific aspects of the trial, is unduly restrictive. Evidence of widespread racial prejudice may, depending on the nature of the evidence and the circumstances of the case, lead to the conclusion

qu'ils devraient en faire abstraction. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité. Les tribunaux d'instance inférieure ont reconnu l'existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones. La question qui se pose, en l'espèce, est de savoir si la preuve de l'existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones engendre une possibilité réaliste de partialité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La poursuite et la défense ont le droit de récuser des candidats jurés pour cause de partialité. Les candidats jurés sont présumés impartiaux et cette présomption doit être écartée pour qu'ils puissent être interrogés et récusés. Habituellement, la partie qui veut récuser un juré produit une preuve justifiant la crainte exprimée. Subsidièrement, si la raison de cette crainte est bien connue et reconnue, le droit de la preuve peut permettre au juge d'en prendre connaissance d'office. Le juge est investi d'un large pouvoir discrétionnaire de diriger le processus de récusation et il devrait permettre les récusations s'il existe une «possibilité réaliste» que le tableau des jurés comprenne des personnes qui, en raison de leurs préjugés raciaux, pourraient être portées à pencher en faveur du ministère public plutôt que de l'accusé en tranchant les questions qui leur sont soumises au cours du procès.

On ne peut pas supposer que les directives que le juge donne aux jurés pour qu'ils agissent impartialement contrecarreront toujours effectivement les préjugés raciaux. S'il y a des doutes, il vaut mieux pécher par excès de prudence et permettre d'examiner les préjugés. Il n'est donc pas nécessaire de rejeter une demande de récusation motivée s'il n'y avait «aucune preuve tangible» que l'un ou l'autre des candidats jurés ne pourrait pas laisser de côté ses préjugés. Ce n'est pas parce que l'on s'attend à ce que les jurés agissent normalement en conformité avec leur serment qu'il n'est pas nécessaire d'autoriser les récusations motivées lorsqu'il est établi qu'il existe, dans la collectivité, des préjugés largement répandus contre les gens de la race de l'accusé, et ce, dans une mesure suffisante pour engendrer une possibilité réaliste de partialité.

L'argument voulant qu'il doive y avoir une preuve que les autochtones sont victimes de préjugés d'une nature et d'une ampleur particulières, voire même que les préjugés raciaux dans la collectivité doivent avoir un lien avec des aspects particuliers du procès, est trop restrictif. La preuve de préjugés raciaux largement répandus peut, selon sa nature et les circonstances de l'affaire,

that there is a realistic potential for partiality. The potential for partiality is irrefutable where the prejudice can be linked to specific aspects of the trial, like a widespread belief that people of the accused's race are more likely to commit the crime charged.

Racial prejudice against the accused may be detrimental to an accused in a variety of ways. The link between prejudice and verdict is clearest where there is an "interracial element" to the crime or a perceived link between those of the accused's race and the particular crime. Racial prejudice may also play a role in other, less obvious ways such as how jurors assess the credibility of the accused.

The trial judge has the discretion to determine whether widespread racial prejudice in the community, absent specific "links" to the trial, is sufficient to give an "air of reality" to the challenge in the particular circumstances of each case. It is impossible to provide an exhaustive catalogue of those circumstances. Where specific "links" to the trial exist, the trial judge must allow the challenge to proceed.

Section 638(2) of the *Criminal Code* requires two inquiries and entails two different decisions. The first stage is the inquiry before the judge to determine whether challenges for cause should be permitted. The test at this stage is whether there is a realistic potential or possibility for partiality. If the judge permits challenges for cause, a second inquiry occurs on the challenge itself. The defence may question potential jurors as to whether they harbour prejudices against people of the accused's race, and if so, whether they are able to set those prejudices aside and act as impartial jurors. At this stage, the question to be determined by the triers is whether the candidate in question will be able to act impartially.

Section s. 638(1)(b) is intended to prevent persons who may not be able to act impartially from sitting as jurors. This object cannot be achieved if the evidentiary threshold for challenges for cause is set too high. To require evidence that some jurors will be unable to set their prejudices aside is to ask the impossible. Similarly, extreme prejudice is a poor indicator of a realistic danger or potential of partiality. Widespread racial prejudice is not exceptional.

The appropriate evidentiary standard on applications to challenge for cause based on racial prejudice is a

mener à la conclusion qu'il y a possibilité réaliste de partialité. La possibilité de partialité est irrefutable lorsque les préjugés peuvent être liés à des aspects particuliers du procès, comme dans le cas de la croyance largement répandue que des gens de la race de l'accusé sont plus susceptibles de commettre le crime reproché.

Les préjugés raciaux contre un accusé peuvent lui nuire de bien des façons. C'est lorsque le crime comporte un «aspect interracial» ou qu'un lien est perçu entre les gens de la race de l'accusé et le crime reproché que le lien entre les préjugés et le verdict est le plus évident. Les préjugés raciaux peuvent aussi jouer un rôle d'autres manières moins évidentes, notamment sur l'appréciation de la crédibilité de l'accusé par les jurés.

Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de déterminer si, en l'absence de «liens» particuliers avec le procès, les préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité sont suffisants pour conférer une «vraisemblance» à la récusation compte tenu des circonstances particulières de chaque cas. Il est impossible de dresser une liste exhaustive de ces circonstances. Lorsqu'il existe des «liens» particuliers avec le procès, le juge doit autoriser le processus de récusation.

Le paragraphe 638(2) du *Code criminel* prescrit deux examens et deux décisions distinctes. La première étape est l'examen qui a lieu devant le juge afin de déterminer s'il y a lieu d'autoriser des récusations motivées. Le critère applicable consiste alors à se demander s'il y a une possibilité réaliste de partialité. Si le juge autorise des récusations motivées, celles-ci font alors l'objet du second examen. La défense peut interroger les candidats jurés pour vérifier s'ils ont des préjugés contre les gens de la race de l'accusé et, dans l'affirmative, s'ils sont capables de les laisser de côté et d'être des jurés impartiaux. Il s'agit alors pour les vérificateurs chargés de déterminer si la récusation est fondée de décider si le candidat en question sera capable d'agir impartialement.

L'alinéa 638(1)(b) a pour objet d'empêcher des personnes qui peuvent être incapables d'agir impartialement d'exercer la fonction de juré. Cet objet ne pourra pas être réalisé si le critère préliminaire de preuve en matière de récusations motivées est trop strict. Demander de prouver que certains jurés seront incapables de laisser de côté leurs préjugés, c'est demander l'impossible. De même, les préjugés extrêmes indiquent mal si l'on est en présence d'un risque ou d'une possibilité réaliste de partialité. Les préjugés raciaux largement répandus ne sont pas exceptionnels.

La norme de preuve appropriée pour les demandes de récusation fondées sur des préjugés raciaux est celle de

“realistic potential for partiality” (the rule in *R. v. Sherratt*). Absent evidence to the contrary, where widespread prejudice against people of the accused’s race is demonstrated at a national or provincial level, it will often be reasonable to infer that such prejudice is replicated at the community level. Prejudice less than widespread might in some circumstances meet this test.

A judge’s discretion to allow challenge for cause must be exercised in accordance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section s. 638(1)(b) should be read in light of the fundamental rights to a fair trial by an impartial jury and to equality before and under the law. The rule in *Sherratt* suffices to maintain these rights without adopting the United States model or a variant on it. It protects the accused’s right to a fair trial by an impartial jury and the privacy interests of prospective jurors while avoiding lengthening trials or increasing their cost.

Cases Cited

Applied: *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; **referred to:** *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *Aldridge v. United States*, 283 U.S. 308 (1931); *R. v. B. (A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 15(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 638, 649.

Authors Cited

British Columbia. Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry. *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry*. Victoria: The Inquiry, 1993.
Burton, William C. *Legal Thesaurus*, 2nd ed. Toronto: Maxwell Macmillan Canada, 1992.
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa: The Commission, 1996.
Canadian Bar Association. Committee on Imprisonment and Release. *Locking Up Natives in Canada: A*

la «possibilité réaliste de partialité» (la règle de *R. c. Sherratt*). En l’absence de preuve contraire, lorsqu’il est démontré qu’il existe, à l’échelon national ou provincial, des préjugés largement répandus contre les gens de la race de l’accusé, il sera souvent raisonnable de déduire que ces préjugés se retrouvent à l’échelon de la collectivité. Des préjugés qui ne sont pas largement répandus pourraient satisfaire à ce critère dans certains cas.

Le pouvoir discrétionnaire d’un juge de permettre des récusations motivées doit être exercé conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’alinéa 638(1)(b) devrait être interprété en fonction des droits fondamentaux à un procès équitable devant un jury impartial, et à l’égalité devant la loi et dans l’application de la loi. La règle de l’arrêt *Sherratt* suffit pour maintenir ces droits sans qu’il soit nécessaire d’adopter le modèle américain ou une variante de ce modèle. Elle protège le droit de l’accusé à un procès équitable devant un jury impartial et le droit à la vie privée des candidats jurés tout en évitant l’allongement des procès ou l’augmentation de leur coût.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; **arrêts mentionnés:** *R. c. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. c. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *Aldridge c. United States*, 283 U.S. 308 (1931); *R. c. B. (A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d), 15(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 638, 649.

Doctrine citée

Association du Barreau canadien. Committee on Imprisonment and Release. *Locking up Natives in Canada: A Report of the Committee of the Canadian Bar Association on Imprisonment and Release*. Ottawa: L’Association, 1988.
Burton, William C. *Legal Thesaurus*, 2nd ed. Toronto: Maxwell Macmillan Canada, 1992.
Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles: Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa: La Commission, 1996.

- Report of the Committee of the Canadian Bar Association on Imprisonment and Release*. Ottawa: The Association, 1988.
- Johnson, Sheri Lynn. "Black Innocence and the White Jury" (1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611.
- Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations*, vol. 1. Halifax: The Commission, 1989.
- Pfeifer, Jeffrey E. "Reviewing the Empirical Evidence on Jury Racism: Findings of Discrimination or Discriminatory Findings?" (1990), 69 *Neb. L. Rev.* 230.
- Roach, Kent. "Challenges for Cause and Racial Discrimination" (1995), 37 *Crim. L.Q.* 410.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Tanovich, David M., David M. Paciocco and Steven Skurka. *Jury Selection in Criminal Trials*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
- Vidmar, Neil. "Pretrial prejudice in Canada: a comparative perspective on the criminal jury" (1996), 79 *Judicature* 249.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 75 B.C.A.C. 135, 123 W.A.C. 135, 134 D.L.R. (4th) 519, 106 C.C.C. (3d) 215, 48 C.R. (4th) 97, [1997] 1 C.N.L.R. 153, [1996] B.C.J. No. 926 (QL), dismissing an appeal from conviction by Vickers J. sitting with jury, [1994] B.C.J. No. 3160 (QL), after a judgment by Esson C.J. on a motion to challenge for cause (1994), 90 C.C.C. (3d) 194, 30 C.R. (4th) 277, [1995] 3 C.N.L.R. 178, [1994] B.C.J. No. 1301 (QL). Appeal allowed.

Joseph J. Blazina, for the appellant.

Dirk Ryneveld, Q.C., and *George Ivanisko*, for the respondent.

Graham Garton, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Ian R. Smith, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Kent Roach and *Noelle Spotton*, for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Colombie-Britannique. Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry. *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry*. Victoria: The Inquiry, 1993.

Johnson, Sheri Lynn. «Black Innocence and the White Jury» (1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611.

Nouvelle-Écosse. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations*, vol. 1. Halifax: The Commission, 1989.

Pfeifer, Jeffrey E. «Reviewing the Empirical Evidence on Jury Racism: Findings of Discrimination or Discriminatory Findings?» (1990), 69 *Neb. L. Rev.* 230.

Roach, Kent. «Challenges for Cause and Racial Discrimination» (1995), 37 *Crim. L.Q.* 410.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Tanovich, David M., David M. Paciocco and Steven Skurka. *Jury Selection in Criminal Trials*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

Vidmar, Neil. «Pretrial prejudice in Canada: a comparative perspective on the criminal jury» (1996), 79 *Judicature* 249.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 75 B.C.A.C. 135, 123 W.A.C. 135, 134 D.L.R. (4th) 519, 106 C.C.C. (3d) 215, 48 C.R. (4th) 97, [1997] 1 C.N.L.R. 153, [1996] B.C.J. No. 926 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Vickers, siégeant avec jury, [1994] B.C.J. No. 3160 (QL), à la suite d'un jugement du juge en chef Esson concernant une demande de récusation motivée (1994), 90 C.C.C. (3d) 194, 30 C.R. (4th) 277, [1995] 3 C.N.L.R. 178, [1994] B.C.J. No. 1301 (QL). Pourvoi accueilli.

Joseph J. Blazina, pour l'appellant.

Dirk Ryneveld, c.r., et *George Ivanisko*, pour l'intimée.

Graham Garton, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Ian R. Smith, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Kent Roach et *Noelle Spotton*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Steven M. Hinkson and Julian K. Roy, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

Julian N. Falconer and Richard Macklin, for the intervener the Urban Alliance on Race Relations (Justice).

James Lockyer, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. —

Introduction

Victor Daniel Williams, an aboriginal, was charged with the robbery of a Victoria pizza parlour in October, 1993. Mr. Williams pleaded not guilty and elected a trial by judge and jury. His defence was that the robbery had been committed by someone else, not him. The issue on this appeal is whether Mr. Williams has the right to question (challenge for cause) potential jurors to determine whether they possess prejudice against aboriginals which might impair their impartiality.

The *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 638, provides that “an accused is entitled to any number of challenges on the ground that . . . a juror is not indifferent between the Queen and the accused”. The section confers discretion on the trial judge to permit challenges for cause. The judge should do so where there is a realistic potential of juror partiality. The evidence in this case established widespread racial prejudice against aboriginals. I conclude that in the circumstances of this case, that prejudice established a realistic potential of partiality and that the trial judge should have exercised his discretion to allow the challenge for cause.

Steven M. Hinkson et Julian K. Roy, pour l'intervenante l'African Canadian Legal Clinic.

Julian N. Falconer et Richard Macklin, pour l'intervenante l'Urban Alliance on Race Relations (Justice).

James Lockyer, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

Introduction

Victor Daniel Williams, un autochtone, a été accusé d'avoir commis un vol qualifié dans une pizzeria de Victoria en octobre 1993. Monsieur Williams a plaidé non coupable et a choisi d'être jugé devant un juge et un jury. Pour sa défense, il a allégué que ce n'était pas lui mais un autre individu qui avait commis le vol qualifié. Il s'agit, en l'espèce, de décider si M. Williams a le droit d'interroger (pour fins de récusation motivée) les candidats jurés pour déterminer s'ils ont, contre les autochtones, des préjugés susceptibles de compromettre leur impartialité.

Le Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit, à l'art. 638, qu'«un accusé a droit à n'importe quel nombre de récusations pour l'un ou l'autre des motifs suivants: [. . .] un juré n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé». Cet article confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'autoriser des récusations motivées, lequel pouvoir devrait être exercé lorsqu'il y a possibilité réaliste de partialité d'un juré. En l'espèce, il a été établi en preuve que les préjugés raciaux contre les autochtones étaient largement répandus. Je conclus que, dans les circonstances de la présente affaire, ces préjugés créaient une possibilité réaliste de partialité et que le juge du procès aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire d'autoriser la récusation motivée.

1

2

History of the Proceedings*The First Trial*

3 At his first trial, Williams applied to question potential jurors for racial bias under s. 638 of the *Code*. In support of his application, he filed materials alleging widespread racism against aboriginal people in Canadian society and an affidavit which stated, in part, "I ... hope that the 12 people that try me are not Indian haters". Hutchison J. ruled that Williams had met the threshold test and allowed potential jurors to be asked two questions:

(1) Would your ability to judge the evidence in the case without bias, prejudice or partiality be affected by the fact that the person charged is an Indian?

(2) Would your ability to judge the evidence in the case without bias, prejudice, or partiality be affected by the fact that the person charged is an Indian and the complainant is white?

On a number of occasions, Hutchison J. allowed additional questions to clarify responses to the first two questions. Forty-three panel members were questioned and 12 were dismissed for risk of bias. The Crown applied for a mistrial on the basis of procedural errors, including use of the same two jurors on all the challenges, coupled with "unfortunate publicity" of the jury selection process. The accused objected, arguing that the Crown was seeking a new trial in order to obtain reversal of the challenge for cause ruling. The trial judge replied that he doubted this would happen, given the case law, and granted the Crown's application for a mistrial.

The Second Trial (1994), 90 C.C.C. (3d) 194

4 Williams' motion for an order permitting him to challenge jurors for cause was heard by Esson C.J.

Historique des procédures*Le premier procès*

Au premier procès, Williams a demandé l'autorisation d'interroger les candidats jurés, conformément à l'art. 638 du *Code*, pour vérifier s'ils avaient des préjugés raciaux. Il a déposé à l'appui de sa demande des documents faisant état du racisme largement répandu dont les autochtones sont victimes dans la société canadienne et un affidavit qui précisait notamment: [TRADUCTION] «j'espère que les 12 personnes qui me jugeront ne haïssent pas les Indiens». Le juge Hutchison a décidé que Williams avait satisfait au critère préliminaire et lui a permis de poser deux questions aux candidats jurés:

(1) Le fait que l'accusé soit un Indien vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans parti pris, préjugé ou partialité?

(2) Le fait que l'accusé soit un Indien et que le plaignant soit un Blanc vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans parti pris, préjugé ou partialité?

À un certain nombre de reprises, le juge Hutchison a permis que d'autres questions soient posées pour clarifier les réponses aux deux premières. Quarante-trois candidats jurés ont été interrogés et 12 ont été écartés par crainte de parti pris. Le ministre public a demandé que le procès soit déclaré nul pour cause d'erreurs de procédure, dont l'utilisation des deux mêmes jurés pour toutes les récusations, ainsi que de la [TRADUCTION] «publicité déplorable» qui avait entouré le processus de sélection des jurés. L'accusé s'y est opposé, soutenant que le ministère public voulait un nouveau procès pour faire infirmer la décision sur les récusations motivées. Le juge du procès a répondu qu'il doutait que cela se produise, vu la jurisprudence, et a déclaré le procès nul conformément à la demande du ministère public.

Le second procès (1994), 90 C.C.C. (3d) 194

La demande de Williams visant à obtenir une ordonnance l'autorisant à récuser des jurés pour

In support of the application, Williams called four witnesses and filed the ruling of Hutchison J. on the right to challenge for cause and a transcript of the jury selection proceedings. Esson C.J. found, at p. 198, that the evidence tended to support the view “that natives historically have been and continue to be the object of bias and prejudice which, in some respects, has become more overt and widespread in recent years as the result of tensions created by developments in such areas as land claims and fishing rights”. He acknowledged that there was a reasonable possibility that a potential juror would be biased against an aboriginal person charged with robbery of a white person. He also accepted that the test for challenge for cause is “reasonable possibility” of influence by bias, or partiality: see *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509.

However, Esson C.J. rejected the argument that the widespread bias against Natives created a reasonable possibility of partiality sufficient to support a challenge for cause. “[I]t does not follow, in the absence of anything more than the race of the accused, that there is a realistic possibility that a juror would be influenced by such a bias in carrying out the solemn duty of deciding whether the accused is guilty of the crime charged” (p. 206). In other words, Esson C.J. held that while there was a reasonable possibility that potential jurors would be biased against Williams, there was no reasonable possibility that this bias would translate into partiality at the trial, because jurors can be expected to put aside their biases and because the jury system provides effective safeguards against such biases. In his view, the law presumes impartiality, and evidence of general bias in the community is insufficient to displace this presumption. Esson C.J. buttressed this conclusion with a cost-benefit analysis. In his view, the cost and disruption that would result from allowing challenges for cause on the basis of racial bias in the community would far outweigh the putative benefit of supposedly fairer trials. He distinguished *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.), where

cause a été entendue par le juge en chef Esson. À l’appui de sa demande, Williams a assigné quatre témoins et déposé la décision du juge Hutchison sur le droit à la récusation motivée, ainsi qu’une transcription des procédures de sélection des jurés. Le juge en chef Esson a conclu, à la p. 198, que la preuve tendait à corroborer l’opinion selon laquelle [TRADUCTION] «les autochtones ont été, dans le passé, et continuent d’être victimes de préjugés qui, à certains égards, sont devenus plus flagrants et répandus ces dernières années à la suite des tensions engendrées par les événements survenus dans le domaine notamment des revendications territoriales et des droits de pêche». Il a reconnu l’existence d’une possibilité raisonnable qu’un candidat juré ait des préjugés contre un autochtone accusé de vol qualifié commis contre un Blanc. Il a également admis que le critère applicable en matière de récusation motivée était la «possibilité raisonnable» d’influence due au parti pris ou à la partialité: voir *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509.

Toutefois, le juge en chef Esson a rejeté l’argument selon lequel les préjugés largement répandus contre les autochtones ont créé une possibilité raisonnable de partialité suffisante pour étayer une récusation motivée. [TRADUCTION] «[I]l ne s’ensuit pas, en l’absence de tout autre facteur que la race de l’accusé, qu’il existe une possibilité réaliste qu’un juré soit influencé par de tels préjugés dans l’exercice du devoir solennel de décider si l’accusé est coupable du crime reproché» (p. 206). Autrement dit, le juge en chef Esson a décidé que, s’il y avait une possibilité raisonnable que les candidats jurés aient des préjugés contre Williams, il n’y avait aucune possibilité raisonnable que ces préjugés se traduisent par une partialité au procès, parce qu’on peut s’attendre à ce que les jurés laissent de côté leurs préjugés et que le système du jury comporte des garanties efficaces contre de tels préjugés. À son avis, l’impartialité est présumée en droit et la preuve de préjugés généraux dans la collectivité est insuffisante pour réfuter cette présomption. Le juge en chef Esson a étayé cette conclusion d’une analyse coûts-avantages. Il a estimé que le coût et la perturbation qui résulteraient du fait de permettre les récusations fondées sur des préjugés raciaux dans la collectivité l’emporte-

challenge for cause on account of racial bias had been allowed, on the ground that the evidence there showed not only racial bias, but a widespread perception in the community of Toronto that black people were linked to violent crime.

6 Vickers J. presided at the trial. He dismissed a renewed application to challenge potential jurors for cause. Neither in his opening to the jury nor in his closing address to the jury did he instruct the jury that it ought to be aware of or disregard any bias or prejudice that they might feel towards Williams as a native person. Williams called evidence to support his defence that another aboriginal person, not he, had committed the robbery. The jury convicted Williams. Williams appealed to the Court of Appeal on the issue of challenge for cause.

Court of Appeal (1996), 106 C.C.C. (3d) 215

7 The Court of Appeal, *per* Macfarlane J.A., agreed with Esson C.J. that there is a presumption of juror impartiality, and that it is not discharged by evidence of general bias in the community against persons of the accused's race. To discharge the presumption, evidence of racist attitudes that would have particular significance in relation to a criminal trial is required. It dismissed the appeal, at pp. 229-30, because "there are no studies . . . in the evidence which conclude that persons in a jury setting may be inclined to find that an aboriginal person is more likely to have committed a crime than a non-aboriginal person". It held that while procedural cost cannot diminish the right to a fair trial, Esson C.J.'s cost-benefit analysis was collateral and did not vitiate his decision. The appeal was dismissed and the conviction upheld.

raient de loin sur l'avantage présumé de procès censément plus équitables. Il a fait la distinction d'avec l'arrêt *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.), où la récusation fondée sur des préjugés raciaux a été permise pour le motif que la preuve établissait non seulement l'existence de préjugés raciaux, mais encore la perception largement répandue à Toronto qu'il y avait un rapport entre les Noirs et les crimes violents.

Le juge Vickers a présidé le procès. Il a rejeté une nouvelle demande de récusation motivée de candidats jurés. Ni dans son exposé initial aux membres du jury, ni dans son exposé final à ceux-ci, il ne leur a dit qu'ils devraient être conscients de tout préjugé qu'ils pourraient avoir contre Williams en tant qu'autochtone, ou qu'ils devraient en faire abstraction. Williams a produit une preuve à l'appui de son moyen de défense selon lequel ce n'était pas lui mais un autre autochtone qui avait commis le vol qualifié. Le jury l'a déclaré coupable. Williams a interjeté appel devant la Cour d'appel sur la question de la récusation motivée.

Cour d'appel (1996), 106 C.C.C. (3d) 215

La Cour d'appel, s'exprimant par l'intermédiaire du juge Macfarlane, a convenu avec le juge en chef Esson qu'il existait une présomption d'impartialité des jurés et qu'elle n'était pas réfutée par la preuve de l'existence, dans la collectivité, de préjugés généraux contre les gens de la race de l'accusé. Pour réfuter cette présomption, il faut une preuve d'attitudes racistes qui revêtaient une importance particulière relativement à un procès criminel. Elle a rejeté l'appel, aux pp. 229 et 230, parce que [TRADUCTION] «la preuve ne fait état d'aucune étude concluant que des personnes qui forment un jury peuvent être portées à conclure qu'un autochtone est plus susceptible d'avoir commis un crime qu'un non-autochtone». Elle a statué que, bien que le coût d'une procédure ne puisse pas réduire le droit à un procès équitable, l'analyse coûts-avantages du juge en chef Esson était secondaire et n'avait pas vicié sa décision. L'appel a été rejeté et la déclaration de culpabilité confirmée.

Statutory and Constitutional Provisions*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

638. (1) A prosecutor or an accused is entitled to any number of challenges on the ground that

(b) a juror is not indifferent between the Queen and the accused;

(2) No challenge for cause shall be allowed on a ground not mentioned in subsection (1).

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Analysis*What is the Rule?*The Prevailing Canadian Approach to Jury Challenges for Lack of Indifference Between the Crown and the Accused

The prosecution and the defence are entitled to challenge potential jurors for cause on the ground that "a juror is not indifferent between the Queen and the accused". Lack of "indifference" may be translated as "partiality", the term used by the

Dispositions législatives et constitutionnelles*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

638. (1) Un poursuivant ou un accusé a droit à n'importe quel nombre de récusations pour l'un ou l'autre des motifs suivants:

b) un juré n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé;

(2) Nulle récusation motivée n'est admise pour une raison non mentionnée au paragraphe (1).

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Analyse*Quelle règle s'applique?*La façon d'aborder au Canada la récusation fondée sur l'absence d'impartialité entre le ministère public et l'accusé

La poursuite et la défense ont le droit de récuser tout candidat juré pour le motif qu'il «n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé». L'absence d'«impartialité» peut être rendue par «partialité», l'expression utilisée par les tribunaux d'instance

Courts below. “Lack of indifference” or “partiality”, in turn, refer to the possibility that a juror’s knowledge or beliefs may affect the way he or she discharges the jury function in a way that is improper or unfair to the accused. A juror who is partial or “not indifferent” is a juror who is inclined to a certain party or a certain conclusion. The synonyms for “partial” in Burton’s *Legal Thesaurus* (2nd ed. 1992), at p. 374, illustrate the attitudes that may serve to disqualify a juror:

bigoted, . . . discriminatory, favorably disposed, inclined, influenced, . . . interested, jaundiced, narrow-minded, one-sided, partisan, predisposed, prejudiced, prepossessed, prone, restricted, . . . subjective, swayed, unbalanced, unequal, uneven, unfair, unjust, unjustified, unreasonable.

10

The predisposed state of mind caught by the term “partial” may arise from a variety of sources. Four classes of potential juror prejudice have been identified — interest, specific, generic and conformity: see Neil Vidmar, “Pretrial prejudice in Canada: a comparative perspective on the criminal jury” (1996), 79 *Judicature* 249, at p. 252. Interest prejudice arises when jurors may have a direct stake in the trial due to their relationship to the defendant, the victim, witnesses or outcome. Specific prejudice involves attitudes and beliefs about the particular case that may render the juror incapable of deciding guilt or innocence with an impartial mind. These attitudes and beliefs may arise from personal knowledge of the case, publicity through mass media, or public discussion and rumour in the community. Generic prejudice, the class of prejudice at issue on this appeal, arises from stereotypical attitudes about the defendant, victims, witnesses or the nature of the crime itself. Bias against a racial or ethnic group or against persons charged with sex abuse are examples of generic prejudice. Finally, conformity prejudice arises when the case is of significant interest to the community causing a juror to perceive that there is

inférieure. L’«absence d’impartialité» ou «partialité» s’entend, à son tour, de la possibilité que les connaissances ou les croyances d’un juré influent sur la manière dont il s’acquitte de sa fonction de juré, c’est-à-dire qu’il agisse de manière inappropriée ou inéquitable pour l’accusé. Le juré partial ou non impartial est celui qui penche en faveur d’une partie ou d’une conclusion donnée. Dans le *Legal Thesaurus* (2^e éd. 1992) de Burton, on trouve, à la p. 374, une liste de synonymes de «partial» qui illustre les attitudes qui peuvent rendre une personne inapte à faire partie d’un jury:

[TRADUCTION] sectaire, [. . .] discriminatoire, bien disposé, enclin, influencé, [. . .] intéressé, aigri, borné, inéquitable, partisan, prédisposé, ayant des préjugés, préoccupé, restreint, [. . .] subjectif, déséquilibré, inégal, injuste, injustifié, déraisonnable.

L’inclination visée par le mot «partial» peut provenir de diverses sources. Quatre catégories de préjugé ont été recensées chez les candidats jurés: le préjugé fondé sur l’intérêt, le préjugé spécifique, le préjugé générique et le préjugé inspiré par le conformisme: voir Neil Vidmar, «Pretrial prejudice in Canada: a comparative perspective on the criminal jury» (1996), 79 *Judicature* 249, à la p. 252. Le préjugé fondé sur l’intérêt existe quand le juré peut avoir un intérêt direct dans le procès ou l’issue du procès à cause de ses relations avec le défendeur, la victime ou les témoins. Le préjugé spécifique concerne les attitudes et les croyances au sujet de l’affaire en cause qui peuvent rendre le juré incapable de décider impartialement de la culpabilité ou de l’innocence. Ces attitudes et croyances peuvent découler de sa connaissance personnelle de l’affaire, de la publicité dans les médias ou de la discussion publique et de rumeurs dans la collectivité. Le préjugé générique, la catégorie dont il est question dans le présent pourvoi, découle d’attitudes stéréotypées en ce qui concerne le défendeur, les victimes, les témoins ou la nature du crime lui-même. Les préjugés raciaux ou ethniques, ou les préjugés contre les personnes accusées d’agression sexuelle, sont des exemples de préjugé générique. Enfin, le préjugé inspiré par le conformisme s’observe quand l’affaire revêt une si grande importance pour la collectivité que le juré

strong community feeling about a case coupled with an expectation as to the outcome.

Knowledge or bias may affect the trial in different ways. It may incline a juror to believe that the accused is likely to have committed the crime alleged. It may incline a juror to reject or put less weight on the evidence of the accused. Or it may, in a general way, predispose the juror to the Crown, perceived as representative of the “white” majority against the minority-member accused, inclining the juror, for example, to resolve doubts about aspects of the Crown’s case more readily: see Sheri Lynn Johnson, “Black Innocence and the White Jury” (1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611. When these things occur, a juror, however well intentioned, is not indifferent between the Crown and the accused. The juror’s own deliberations and the deliberations of other jurors who may be influenced by the juror, risk a verdict that reflects, not the evidence and the law, but juror preconceptions and prejudices. The aim of s. 638 of the *Code* is to prevent effects like these from contaminating the jury’s deliberations and hence the trial: see *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279 (Ont. C.A.). The aim, to put it succinctly, is to ensure a fair trial.

The practical problem is how to ascertain when a potential juror may be partial or “not indifferent” between the Crown and the accused. There are two approaches to this problem. The first approach is that prevailing in the United States. On this approach, every jury panel is suspect. Every candidate for jury duty may be challenged and questioned as to preconceptions and prejudices on any sort of trial. As a result, lengthy trials of jurors before the trial of the accused are routine.

Canada has taken a different approach. In this country, candidates for jury duty are presumed to be indifferent or impartial. Before the Crown or the accused can challenge and question them, they must raise concerns which displace that presumption. Usually this is done by the party seeking the

perçoit au sein de celle-ci un fort sentiment au sujet de cette affaire, conjugué à une attente quant à l’issue de celle-ci.

La connaissance ou le préjugé peut influencer de diverses façons sur le procès. Ce facteur peut inciter un juré à croire que l’accusé est susceptible d’avoir commis le crime reproché. Il peut l’inciter à rejeter la preuve de l’accusé ou à y accorder moins d’importance. Ou encore, il peut, de manière générale, prédisposer le juré en faveur du ministère public qu’il perçoit comme le représentant de la majorité «blanche», au détriment de l’accusé qui fait partie de la minorité, en le portant, par exemple, à dissiper plus facilement des doutes au sujet de certains aspects de la preuve du ministère public: voir Sheri Lynn Johnson, «Black Innocence and the White Jury» (1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611. Quand cela se produit, un juré, si bonnes que soient ses intentions, n’est pas impartial entre le ministère public et l’accusé. Ses propres délibérations et celles des autres jurés qui peuvent être influencés par lui risquent de conduire à un verdict reflétant non pas la preuve et le droit, mais les idées préconçues et les préjugés du juré. Le but de l’art. 638 du *Code* est d’empêcher que de tels effets ne vicient les délibérations du jury et, par conséquent, le procès: voir *R. c. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279 (C.A. Ont.). Bref, il a pour but d’assurer la tenue d’un procès équitable.

En pratique, le problème qui se pose est de savoir comment vérifier si un candidat juré peut être partial ou «non impartial» entre le ministère public et l’accusé. Il y a deux façons d’aborder ce problème. La première est celle qui a cours aux États-Unis. Selon cette méthode, chaque liste de jurés est suspecte. Chaque candidat juré peut être interrogé sur ses idées préconçues et ses préjugés et être récuse, quelle que soit la nature du procès. En conséquence, les longues évaluations de jurés avant le procès de l’accusé sont courantes.

Au Canada, la situation est différente. Les candidats jurés sont présumés impartiaux. Pour que le ministère public ou l’accusé puisse les interroger et les récuser, ils doivent invoquer des craintes qui écartent cette présomption. La façon habituelle de procéder est la suivante: la partie qui veut récuser

11

12

13

challenge calling evidence substantiating the basis of the concern. Alternatively, where the basis of the concern is “notorious” in the sense of being widely known and accepted, the law of evidence may permit a judge to take judicial notice of it. This might happen, for example, where the basis of the concern is widespread publicity of which the judge and everyone else in the community is aware. The judge has a wide discretion in controlling the challenge process, to prevent its abuse, to ensure it is fair to the prospective juror as well as the accused, and to prevent the trial from being unnecessarily delayed by unfounded challenges for cause: see *Hubbert, supra*.

14 Judicial discretion, however, must be distinguished from judicial whim. A judge exercising the discretion to permit or refuse challenges for cause must act on the evidence and in a way that fulfills the purpose of s. 638(1)(b) — to prevent persons who are not indifferent between the Crown and the accused from serving on the jury. Stated otherwise, a trial judge, in the exercise of the discretion, cannot “effectively curtail the statutory right to challenge for cause”: see *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97, at p. 135 (leave to appeal refused [1987] 1 S.C.R. xii). To guide judges in the exercise of their discretion, this Court formulated a rule in *Sherratt, supra*: the judge should permit challenges for cause where there is a “realistic potential” of the existence of partiality. *Sherratt* was concerned with the possibility of partiality arising from pre-trial publicity. However, as the courts in this case accepted, it applies to all requests for challenges based on bias, regardless of the origin of the apprehension of partiality.

15 Applying *Sherratt* to the case at bar, the enquiry becomes whether in this case, the evidence of widespread bias against aboriginal people in the community raises a realistic potential of partiality.

un juré produit une preuve justifiant la crainte exprimée. Subsidiairement, si la raison de cette crainte est notoire, en ce sens qu’elle est bien connue et reconnue, le droit de la preuve peut permettre au juge d’en prendre connaissance d’office. Ce pourrait être le cas, par exemple, lorsque la crainte résulte du fait que le juge et tous les autres membres de la collectivité sont conscients de la publicité considérable qui a entouré l’affaire. Le juge est investi d’un large pouvoir discrétionnaire de diriger le processus de récusation, afin d’empêcher qu’on en abuse, d’en assurer l’équité pour le candidat juré et pour l’accusé, et d’éviter que des récusations dénuées de fondement viennent retarder inutilement le procès: voir *Hubbert, précité*.

Il faut cependant éviter de confondre pouvoir discrétionnaire et caprice. Le juge qui exerce le pouvoir discrétionnaire d’autoriser ou de refuser des récusations motivées doit agir en fonction de la preuve et de manière à réaliser l’objet de l’al. 638(1)(b) — empêcher de choisir comme jurés des personnes qui ne sont pas impartiales entre le ministère public et l’accusé. Autrement dit, le juge du procès qui exerce son pouvoir discrétionnaire ne peut pas [TRADUCTION] «restreindre, dans les faits, le droit de récusation motivée prévu par la loi»: voir *R. c. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97, à la p. 135 (autorisation de pourvoi refusée [1987] 1 R.C.S. xii). Pour guider les juges dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire, notre Cour a formulé une règle dans *Sherratt, précité*: le juge devrait permettre les récusations motivées s’il existe une «possibilité réaliste» de partialité. Cette affaire concernait la possibilité de partialité due à la publicité antérieure au procès. Toutefois, comme l’ont reconnu les tribunaux dans cette affaire, la règle s’applique à toutes les demandes de récusation fondée sur le parti pris, peu importe la cause de la crainte de partialité.

Si on applique *Sherratt* à la présente affaire, il faut se demander si, en l’espèce, la preuve de l’existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones engendre une possibilité réaliste de partialité.

Identifying the Evidentiary Threshold

Esson C.J. and the Court of Appeal applied the test of “realistic potential” of partiality. However, they took a different view from that of Hutchison J. as to when the evidence establishes a realistic potential of partiality. The debate before us divided on the same lines.

The Crown argues that evidence of widespread racial bias against persons of the accused’s race does not translate into a “realistic potential” for partiality. There is a presumption that jurors will act impartially, whatever their pre-existing views. Evidence of widespread bias does not rebut that presumption. More is required. The Crown does not detail what evidence might suffice. However, it emphasizes that the evidence must point to not only bias, but also partiality, or bias that may affect the outcome. What is required, in the Crown’s submission, is concrete evidence showing prejudice that would not be capable of being set aside at trial. The Crown interprets *Parks, supra*, where challenges for cause for racial bias in the community were permitted, as being an exceptional case where the nature and extent of the racial bias was sufficiently extreme to establish a reasonable possibility of partiality.

The defence takes a different view. First, it argues that *Sherratt, supra*, establishes that the right to challenge for cause is not exceptional or extraordinary or extreme. Second, it suggests that evidence of widespread prejudice against aboriginals in the community suffices to raise a “realistic potential” for partiality, entitling the accused to question potential jurors as to their prejudices as to whether they will be able to set them aside in discharging their duty as jurors. In the defence submission, the evidentiary threshold proposed by the Crown, Esson C.J. and the Court of Appeal is too high.

Définition du critère préliminaire de preuve

Le juge en chef Esson et la Cour d’appel ont appliqué le critère de la «possibilité réaliste» de partialité. Toutefois, ils ont adopté un point de vue différent de celui du juge Hutchison quant à savoir dans quels cas la preuve établit une telle possibilité. Le débat devant nous s’est aussi orienté dans ces deux directions opposées.

Le ministère public soutient que la preuve de préjugés raciaux largement répandus contre les gens de la race de l’accusé ne traduit pas une «possibilité réaliste» de partialité. Il y a présomption que les jurés vont agir impartialement, quelles que soient leurs opinions préexistantes. La preuve de préjugés largement répandus ne réfute pas cette présomption. Il faut plus que cela. Le ministère public ne précise pas quelle preuve pourrait suffire. Toutefois, il souligne que la preuve doit tendre à établir non seulement les préjugés, mais encore la partialité, ou les préjugés susceptibles d’influer sur l’issue de l’affaire. Selon l’argument du ministère public, il faut une preuve tangible de préjugés non susceptibles d’être laissés de côté au procès. Le ministère public interprète l’arrêt *Parks*, précité, où l’on a autorisé des récusations fondées sur des préjugés raciaux dans la collectivité, comme étant un cas exceptionnel dans lequel les préjugés raciaux étaient de nature et de portée suffisamment extrêmes pour établir l’existence d’une possibilité raisonnable de partialité.

La défense adopte un point de vue différent. Premièrement, elle fait valoir que l’arrêt *Sherratt*, précité, établit que le droit de récusation motivée n’est ni exceptionnel ni extraordinaire ou extrême. Deuxièmement, elle affirme que la preuve de l’existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones suffit pour créer une «possibilité réaliste» de partialité, donnant droit à l’accusé d’interroger les candidats jurés sur leurs préjugés et de leur demander s’ils pourront les laisser de côté en accomplissant leur devoir de juré. Selon l’argument de la défense, le critère préliminaire de preuve que proposent le ministère public, le juge en chef Esson et la Cour d’appel est trop strict.

16

17

18

19 In my respectful view, the positions of the Crown, Esson C.J. and the Court of Appeal reflect a number of errors that lead to the evidentiary threshold for challenges for cause being set too high. I will discuss each of these in turn.

(1) *The Assumption that Prejudice Will be Judicially Cleansed*

20 Underlying the Crown's submissions (as well as the judgments of Esson C.J. and the Court of Appeal) is the assumption that generally jurors will be able to identify and set aside racial prejudice. Only in exceptional cases is there a danger that racial prejudice will affect a juror's impartiality. In contrast, the defence says that jurors may not be able to set aside racial prejudices that fall short of extreme prejudice. Is it correct to assume that jurors who harbour racial prejudices falling short of extreme prejudice will set them aside when asked to serve on a jury? A consideration of the nature of racial prejudice and how it may affect the decision-making process suggests that it is not.

21 To suggest that all persons who possess racial prejudices will erase those prejudices from the mind when serving as jurors is to underestimate the insidious nature of racial prejudice and the stereotyping that underlies it. As Vidmar, *supra*, points out, racial prejudice interfering with jurors' impartiality is a form of discrimination. It involves making distinctions on the basis of class or category without regard to individual merit. It rests on preconceptions and unchallenged assumptions that unconsciously shape the daily behaviour of individuals. Buried deep in the human psyche, these preconceptions cannot be easily and effectively identified and set aside, even if one wishes to do so. For this reason, it cannot be assumed that judicial directions to act impartially will always effectively counter racial prejudice: see Johnson, *supra*.

À mon avis, les positions respectives du ministère public, du juge en chef Esson et de la Cour d'appel traduisent un certain nombre d'erreurs qui amènent à assujettir la récusation motivée à un critère préliminaire de preuve trop strict. Je vais analyser chacune de ces erreurs à tour de rôle.

(1) *La supposition que les préjugés seront effacés par voie d'épuration judiciaire*

Les arguments du ministère public (ainsi que les jugements du juge en chef Esson et de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique) reposent sur la supposition que les jurés seront généralement capables de déceler et de laisser de côté les préjugés raciaux. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que les préjugés raciaux d'un juré risqueront de compromettre son impartialité. Par contre, la défense dit que les jurés ne seront peut-être pas capables de laisser de côté des préjugés raciaux qui ne constituent pas des préjugés extrêmes. Peut-on supposer à bon droit que les personnes qui ont des préjugés raciaux qui ne constituent pas des préjugés extrêmes les laisseront de côté si elles sont appelées à exercer la fonction de juré? L'examen de la nature des préjugés raciaux et de l'influence qu'ils peuvent avoir sur le processus décisionnel porte à croire que non.

Affirmer que toutes les personnes qui ont des préjugés raciaux les effaceront de leur esprit en exerçant leur fonction de juré revient à sous-estimer la nature insidieuse des préjugés raciaux et des stéréotypes qui les sous-tendent. Comme le souligne Vidmar, *loc. cit.*, les préjugés raciaux d'un juré qui en compromettent l'impartialité sont une forme de discrimination. Ils impliquent l'établissement de distinctions fondées sur une classe ou catégorie sans égard au mérite individuel. Ils reposent sur des idées préconçues et des suppositions incontestées qui façonnent le comportement quotidien des gens sans qu'ils s'en rendent compte. Profondément enracinées dans la psyché humaine, ces idées préconçues ne peuvent pas être facilement et effectivement décelées et laissées de côté, même par la personne qui veut le faire. C'est pourquoi on ne peut pas supposer que les directives que le juge donne aux jurés pour qu'ils agissent impartialement contrecarreront toujours effectivement les

Doherty J.A. recognized this in *Parks, supra*, at p. 371:

In deciding whether the post-jury selection safeguards against partiality provide a reliable antidote to racial bias, the nature of that bias must be emphasized. For some people, anti-black biases rest on unstated and unchallenged assumptions learned over a lifetime. Those assumptions shape the daily behaviour of individuals, often without any conscious reference to them. In my opinion, attitudes which are engrained in an individual's subconscious, and reflected in both individual and institutional conduct within the community, will prove more resistant to judicial cleansing than will opinions based on yesterday's news and referable to a specific person or event.

Racial prejudice and its effects are as invasive and elusive as they are corrosive. We should not assume that instructions from the judge or other safeguards will eliminate biases that may be deeply ingrained in the subconscious psyches of jurors. Rather, we should acknowledge the destructive potential of subconscious racial prejudice by recognizing that the post-jury selection safeguards may not suffice. Where doubts are raised, the better policy is to err on the side of caution and permit prejudices to be examined. Only then can we know with any certainty whether they exist and whether they can be set aside or not. It is better to risk allowing what are in fact unnecessary challenges, than to risk prohibiting challenges which are necessary: see *Aldridge v. United States*, 283 U.S. 308 (1931), at p. 314, and *Parks, supra*.

It follows that I respectfully disagree with the suggestion in *R. v. B. (A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321 (C.A.), at p. 343, that a motion to challenge for cause must be dismissed if there is "no concrete evidence" that any of the prospective jurors "could not set aside their biases". Where widespread racial bias is shown, it may well be reasonable for the trial judge to infer that some people will have difficulty identifying and eliminating their biases. It is therefore reasonable to permit challenges for cause. This is not to suggest that a prospective

préjugés raciaux: voir Johnson, *loc. cit.* Le juge Doherty a reconnu cela dans l'arrêt *Parks*, précité, à la p. 371:

[TRADUCTION] Pour décider si les garanties d'impartialité des jurés choisis sont un antidote sûr contre les préjugés raciaux, il faut souligner la nature de ces préjugés. Pour certains, les préjugés contre les Noirs reposent sur des suppositions tacites et incontestées apprises au long de toute une vie. Ces suppositions façonnent le comportement quotidien des gens, souvent sans qu'ils s'en rendent compte. À mon avis, les attitudes qui sont enracinées dans le subconscious des gens et qui se reflètent tant dans leur conduite que dans celle des institutions dans la collectivité résisteront plus à l'épuration judiciaire que les opinions basées sur les actualités de la veille et pouvant être rattachées à une personne ou à un événement en particulier.

Les préjugés raciaux et leurs effets sont tout aussi attentatoires et insaisissables que corrosifs. Nous ne devrions pas supposer que les directives du juge ou d'autres garanties élimineront les préjugés qui peuvent être profondément enracinés dans le subconscious des jurés. Nous devrions plutôt reconnaître la puissance destructrice des préjugés raciaux subliminaux en admettant que les garanties d'impartialité des jurés choisis peuvent être insuffisantes. S'il y a des doutes, il vaut mieux pécher par excès de prudence et permettre d'examiner les préjugés. C'est la seule façon de vérifier avec plus ou moins de certitude si ces préjugés existent et s'ils peuvent être laissés de côté. Il vaut mieux risquer d'autoriser des récusations qui sont en fait inutiles que risquer d'interdire des récusations qui sont nécessaires: voir *Aldridge c. United States*, 283 U.S. 308 (1931), à la p. 314, et *Parks*, précité.

Il s'ensuit que je ne suis pas d'accord pour dire, comme dans *R. c. B. (A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321 (C.A.), à la p. 343, qu'il faut rejeter une demande de récusation motivée s'il n'y a [TRADUCTION] «aucune preuve tangible» que l'un ou l'autre des candidats jurés [TRADUCTION] «ne pourrait pas laisser de côté ses préjugés». Lorsque l'existence de préjugés raciaux largement répandus est démontrée, il peut bien être raisonnable pour le juge du procès de déduire que certaines personnes auront de la difficulté à déceler et à éliminer leurs pré-

22

23

juror who on a challenge for cause admits to harbouring a relevant racial prejudice must necessarily be rejected. It is for the triers on the challenge for cause to determine: (1) whether a particular juror is racially prejudiced in a way that could affect his or her partiality; and (2) if so, whether the juror is capable of setting aside that prejudice.

24 Parliament itself has acknowledged that jurors may sometimes be unable to set aside their prejudices and act impartially between the Crown and the accused, despite our hope and expectation that they will do so. It is implicit in s. 638(2) that in Parliament's view, jurors may harbour knowledge and prejudices that may not be entirely offset by the trial judge's direction to decide the case impartially on the evidence. If judicial cleansing were a complete answer to the preconceptions and predispositions of jurors, there would be no need for s. 638(1)(b). Trial judges may conclude that some predispositions can be safely regarded as curable by judicial direction. However, s. 638(1)(b) reminds us that judicial cleansing is not always a complete answer. Where the predisposition is one as complex and insidious as racial prejudice, we should not assume without more that the judges' instructions will always neutralize it.

25 This Court rejected the argument that prejudice based on pre-trial publicity could be cured by the safeguards in the trial process in *Sherratt, supra*, at p. 532, *per* L'Heureux-Dubé J.:

While it is no doubt true that trial judges have a wide discretion in these matters and that jurors will usually behave in accordance with their oaths, these two principles cannot supersede the right of every accused person to a fair trial, which necessarily includes the empaneling of an impartial jury.

jugés. Il est donc raisonnable de permettre les récusations motivées. Cela ne veut pas dire qu'il faut nécessairement écarter le juré qui, dans le cadre d'une récusation motivée, admet qu'il a des préjugés raciaux pertinents. Il incombe aux vérificateurs chargés de déterminer si la récusation est fondée de décider si un juré a des préjugés raciaux susceptibles de compromettre sa partialité et, dans l'affirmative, s'il est capable de laisser de côté ces préjugés.

Le législateur lui-même a reconnu que les jurés peuvent parfois être incapables de laisser de côté leurs préjugés et d'agir impartialement entre le ministère public et l'accusé, en dépit de tout espoir et de toute attente à cet égard. Le paragraphe 638(2) prévoit implicitement que, selon le législateur, les jurés peuvent avoir des connaissances et des préjugés que ne pourront pas neutraliser complètement les directives dans lesquelles le juge du procès demande aux jurés de trancher l'affaire impartialement en fonction de la preuve produite. Si l'épuration judiciaire permettait de supprimer complètement les idées préconçues et les inclinations des jurés, l'al. 638(1)(b) serait inutile. Les juges du procès peuvent conclure que les directives qu'ils donnent permettront à coup sûr de remédier à certaines inclinations. Toutefois, l'al. 638(1)(b) nous rappelle que l'épuration judiciaire n'est pas toujours suffisante. Lorsque l'inclination en cause est aussi complexe et insidieuse que les préjugés raciaux, nous ne devrions pas supposer sans plus que les directives du juge la neutraliseront toujours.

Dans l'arrêt *Sherratt*, précité, à la p. 532, notre Cour, par l'intermédiaire du juge L'Heureux-Dubé, a rejeté l'argument que les préjugés découlant de la publicité antérieure au procès pouvaient être contrecarrés par les garanties qu'offre le procès:

Bien qu'il ne fasse aucun doute que les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire dans ce domaine et que les jurés agissent normalement en conformité avec leur serment, ces deux principes ne sauraient l'emporter sur le droit de tout inculpé à un procès équitable, ce qui comprend nécessairement la constitution d'un jury impartial.

The same may be said of many forms of prejudice based on racial stereotypes. The expectation that jurors usually behave in accordance with their oaths does not obviate the need to permit challenges for cause in circumstances such as the case at bar, where it is established that the community suffers from widespread prejudice against people of the accused's race.

(2) *Insistence on the Necessity of a Link Between the Racist Attitude and the Potential for Juror Partiality*

The Court of Appeal, *per* Macfarlane J.A., stated that the existence of a significant degree of racial bias in the community from which the panel is drawn is, by itself, not sufficient to allow a challenge for cause because bias cannot be equated with partiality. The court held that in order for the appellant to be successful, there must be some evidence of bias against aboriginal persons which is of a particular nature and extent; evidence which only displays a "general bias" against a racial group is insufficient to warrant a challenge for cause. The Crown goes even further, arguing that racial prejudice in the community must be linked to specific aspects of the trial in order to support a challenge for cause. More particularly, it asserts that where, as here, the defence was that another aboriginal committed the crime, race could have no relevance because the jury was obliged to decide between two aboriginals.

I cannot, with respect, accept this contention. In my view, it is unduly restrictive. Evidence of widespread racial prejudice may, depending on the nature of the evidence and the circumstances of the case, lead to the conclusion that there is a realistic potential for partiality. The potential for partiality is irrefutable where the prejudice can be linked to specific aspects of the trial, like a widespread belief that people of the accused's race are more

On peut en dire autant de nombreuses formes de préjugés fondés sur des stéréotypes raciaux. Ce n'est pas parce que l'on s'attend à ce que les jurés agissent normalement en conformité avec leur serment qu'il n'est pas nécessaire d'autoriser les récusations motivées dans des circonstances comme celles de la présente affaire, où il est établi que des préjugés contre les gens de la race de l'accusé sont largement répandus dans la collectivité.

(2) *Insistance sur la nécessité d'un lien entre l'attitude raciste et la possibilité de partialité d'un juré*

La Cour d'appel, par l'intermédiaire du juge Macfarlane, a affirmé que l'existence d'une large mesure de préjugés raciaux dans la collectivité à partir de laquelle est formé le tableau des jurés n'est pas suffisante en soi pour permettre une récusation motivée parce que les préjugés ne sauraient être assimilés à la partialité. La cour a statué que, pour que l'appelant ait gain de cause, il doit y avoir une preuve que les autochtones sont victimes de préjugés d'une nature et d'une ampleur particulières; la preuve qui ne démontre que l'existence de «préjugés généraux» contre un groupe racial n'est pas suffisante pour justifier une récusation motivée. Le ministère public va même plus loin en faisant valoir que, pour que les récusations motivées soient justifiées, les préjugés raciaux dans la collectivité doivent avoir un lien avec des aspects particuliers du procès. Plus particulièrement, il soutient que lorsque, comme en l'espèce, la défense allègue que le crime a été perpétré par un autre autochtone, la race ne saurait avoir aucune pertinence car le jury doit choisir entre deux autochtones.

En toute déférence, je ne puis retenir cet argument. À mon avis, il est trop restrictif. La preuve de préjugés raciaux largement répandus peut, selon sa nature et les circonstances de l'affaire, mener à la conclusion qu'il y a une possibilité réaliste de partialité. La possibilité de partialité est irrefutable lorsque les préjugés peuvent être liés à des aspects particuliers du procès, comme dans le cas de la croyance largement répandue que des gens de la

likely to commit the crime charged. But it may be made out in the absence of such links.

28 Racial prejudice against the accused may be detrimental to an accused in a variety of ways. The link between prejudice and verdict is clearest where there is an "interracial element" to the crime or a perceived link between those of the accused's race and the particular crime. But racial prejudice may play a role in other, less obvious ways. Racist stereotypes may affect how jurors assess the credibility of the accused. Bias can shape the information received during the course of the trial to conform with the bias: see *Parks, supra*, at p. 372. Jurors harbouring racial prejudices may consider those of the accused's race less worthy or perceive a link between those of the accused's race and crime in general. In this manner, subconscious racism may make it easier to conclude that a black or aboriginal accused engaged in the crime regardless of the race of the complainant: see Kent Roach, "Challenges for Cause and Racial Discrimination" (1995), 37 *Crim. L.Q.* 410, at p. 421.

29 Again, a prejudiced juror might see the Crown as non-aboriginal or non-black and hence to be favoured over an aboriginal or black accused. The contest at the trial is between the accused and the Crown. Only in a subsidiary sense is it between the accused and another aboriginal. A prejudiced juror might be inclined to favour non-aboriginal Crown witnesses against the aboriginal accused. Or a racially prejudiced juror might simply tend to side with the Crown because, consciously or unconsciously, the juror sees the Crown as a defender of majoritarian interests against the minority he or she fears or disfavours. Such feelings might incline the juror to resolve any doubts against the accused.

30 Ultimately, it is within the discretion of the trial judge to determine whether widespread racial prejudice in the community, absent specific "links" to the trial, is sufficient to give an "air of

race de l'accusé sont plus susceptibles de commettre le crime reproché. Cependant, la partialité peut être établie en l'absence de tels liens.

Les préjugés raciaux contre l'accusé peuvent lui nuire de bien des façons. C'est lorsque le crime comporte un «aspect interracial» ou qu'un lien est perçu entre les gens de la race de l'accusé et le crime reproché que le lien entre les préjugés et le verdict est le plus évident. Mais les préjugés raciaux peuvent jouer un rôle d'autres manières moins évidentes. Les stéréotypes racistes peuvent influencer sur l'appréciation de la crédibilité de l'accusé par les jurés. Les préjugés peuvent déformer les informations reçues au cours du procès: voir *Parks*, précité, à la p. 372. Les jurés qui ont des préjugés raciaux peuvent considérer que les gens de la race de l'accusé sont moins respectables ou encore percevoir un lien entre les gens de la race de l'accusé et le crime en général. De cette manière, le racisme subconscient peut porter à conclure plus facilement que l'accusé noir ou autochtone a commis le crime, peu importe la race du plaignant: voir Kent Roach, «Challenges for Cause and Racial Discrimination» (1995), 37 *Crim. L.Q.* 410, à la p. 421.

Là encore, un juré qui a des préjugés pourrait percevoir le ministère public comme n'étant pas autochtone ou noir et penser devoir le favoriser au détriment d'un accusé autochtone ou noir. Le procès oppose l'accusé et le ministère public. Ce n'est qu'accessoirement qu'il oppose l'accusé et un autre autochtone. Un juré qui a des préjugés pourrait être enclin à favoriser les témoins à charge qui ne sont pas des autochtones, au détriment de l'accusé autochtone. Ou encore un juré qui a des préjugés raciaux pourrait simplement avoir tendance à prendre parti pour le ministère public parce que, consciemment ou non, il le perçoit comme un défenseur des intérêts de la majorité contre la minorité qu'il craint ou désapprouve. Ces sentiments pourraient pousser le juré à priver l'accusé du bénéfice du doute.

En fin de compte, il relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de déterminer si, en l'absence de «liens» particuliers avec le procès, les préjugés raciaux largement répandus dans la col-

reality” to the challenge in the particular circumstances of each case. The following excerpt from *Parks, supra*, at pp. 378-79, *per* Doherty J.A., states the law correctly:

I am satisfied that in at least some cases involving a black accused there is a realistic possibility that one or more jurors will discriminate against that accused because of his or her colour. In my view, a trial judge, in the proper exercise of his or her discretion, could permit counsel to put the question posed in this case, in any trial held in Metropolitan Toronto involving a black accused. I would go further and hold that it would be the better course to permit that question in all such cases where the accused requests the inquiry.

There will be circumstances in addition to the colour of the accused which will increase the possibility of racially prejudiced verdicts. It is impossible to provide an exhaustive catalogue of those circumstances. Where they exist, the trial judge must allow counsel to put the question suggested in this case.

At the second stage of the actual challenge for cause, the issue of how any prejudice may play out in the context of the trial comes to the forefront. The triers may conclude that the connection between a prospective juror’s prejudices and the trial is so small that they cannot realistically translate into partiality. Conversely, the triers might conclude that a prospective juror’s beliefs that people of the accused’s race are more likely than others to commit the type of crime alleged are highly indicative of partiality. Such considerations, while not essential to finding a right to challenge for cause, may be determinative on the challenge for cause itself.

(3) *Confusion Between the Two Phases of the Challenge for Cause Process*

Section 638(2) requires two inquiries and entails two different decisions with two different tests. The first stage is the inquiry before the judge to

lectivité sont suffisants pour conférer une «vraisemblance» à la récusation compte tenu des circonstances particulières de chaque cas. Dans l’extrait suivant de l’arrêt *Parks*, précité, aux pp. 379 et 380, le juge Doherty énonce correctement l’état du droit:

[TRADUCTION] Je suis convaincu qu’à tout le moins dans certains cas où l’accusé est noir il y a une possibilité réaliste qu’un seul ou plusieurs jurés fassent preuve de discrimination envers l’accusé à cause de la couleur de sa peau. À mon avis, le juge du procès pourrait, en exerçant à bon droit son pouvoir discrétionnaire, permettre à l’avocat de poser la question formulée en l’espèce, et ce, dans tout procès tenu dans la communauté urbaine de Toronto où l’accusé est noir. J’irais même jusqu’à conclure qu’il serait préférable de permettre que cette question soit posée dans tous les cas où l’accusé demande l’examen.

Outre la couleur de l’accusé, il y aura des facteurs qui augmenteront la possibilité de verdicts influencés par des préjugés raciaux. Il est impossible de dresser une liste exhaustive de ces facteurs. S’ils existent, le juge du procès doit permettre à l’avocat de poser la question proposée en l’espèce.

À la seconde étape où l’on procède vraiment à la récusation motivée, la question de savoir comment des préjugés peuvent jouer dans le contexte du procès est au premier plan. Les vérificateurs chargés de déterminer si la récusation est fondée peuvent conclure que le lien entre les préjugés d’un candidat juré et le procès est si ténu qu’ils ne peuvent pas réalistement le rendre partial. À l’inverse, les vérificateurs pourraient conclure que la croyance d’un candidat juré que les gens de la race de l’accusé sont plus susceptibles que les autres de commettre le genre de crime reproché tend fortement à indiquer qu’il sera partial. Ces considérations, quoique non essentielles pour conclure à l’existence d’un droit de récusation motivée, peuvent être déterminantes relativement à la récusation motivée elle-même.

(3) *Confusion des deux étapes du processus de récusation motivée*

Le paragraphe 638(2) prescrit deux examens et deux décisions distinctes comportant l’application de deux critères différents. La première étape est

31

32

determine whether challenges for cause should be permitted. The test at this stage is whether there is a realistic potential or possibility for partiality. The question is whether there is reason to suppose that the jury pool may contain people who are prejudiced and whose prejudice might not be capable of being set aside on directions from the judge. The operative verbs at the first stage are “may” and “might”. Since this is a preliminary inquiry which may affect the accused’s *Charter* rights (see below), a reasonably generous approach is appropriate.

33

If the judge permits challenges for cause, a second inquiry occurs on the challenge itself. The defence may question potential jurors as to whether they harbour prejudices against people of the accused’s race, and if so, whether they are able to set those prejudices aside and act as impartial jurors. The question at this stage is whether the candidate in question will be able to act impartially. To demand, at the preliminary stage of determining whether a challenge for cause should be permitted, proof that the jurors in the jury pool will not be able to set aside any prejudices they may harbour and act impartially, is to ask the question more appropriate for the second stage.

34

The Crown conflates the two stages of the process. Instead of asking whether there is a potential or possibility of partiality at the stage of determining the right to challenge for cause, it demands proof that widespread racism will result in a partial jury. The assumption is that absent such evidence, no challenge for cause should be permitted. This is not the appropriate question at the preliminary stage of determining the right to challenge for cause. The question at this stage is not whether anyone in the jury pool will in fact be unable to set aside his or her racial prejudices but whether there is a realistic possibility that this could happen.

l’examen qui a lieu devant le juge afin de déterminer s’il y a lieu d’autoriser des récusations motivées. Le critère applicable consiste alors à se demander s’il y a une possibilité réaliste de partialité. Il s’agit de décider s’il y a des raisons de croire que le tableau des jurés peut comprendre des personnes ayant des préjugés qui, après avoir reçu les directives du juge, pourraient ne pas être capables de les laisser de côté. Les mots clefs, à la première étape, sont «peut» et «pourraient». Comme il s’agit d’un examen préliminaire qui peut porter atteinte aux droits garantis à l’accusé par la *Charte* (voir plus loin), il convient d’adopter une approche raisonnablement libérale.

Si le juge autorise des récusations motivées, celles-ci font alors l’objet du second examen. La défense peut interroger les candidats jurés pour vérifier s’ils ont des préjugés contre les gens de la race de l’accusé et, dans l’affirmative, s’ils sont capables de les laisser de côté et d’être des jurés impartiaux. Il s’agit alors de décider si le candidat en question sera capable d’agir impartialement. À l’étape préliminaire où il faut déterminer s’il y a lieu de permettre une récusation motivée, exiger la preuve que les jurés inscrits au tableau seront incapables de laisser de côté tout préjugé qu’ils peuvent avoir et d’agir impartialement, c’est poser la question qu’il convient davantage de poser à la seconde étape.

Le ministère public confond les deux étapes du processus. Au lieu de se demander s’il y a une possibilité de partialité à l’étape où il faut décider du droit de récusation motivée, il exige la preuve que le racisme largement répandu entraînera la formation d’un jury partial. On suppose qu’en l’absence de cette preuve aucune récusation motivée ne devrait être permise. Ce n’est pas la question qu’il convient de se poser à l’étape préliminaire où il faut décider du droit de récusation motivée. À cette étape, la question n’est pas de savoir si l’un ou l’autre des jurés inscrits au tableau sera incapable, dans les faits, de laisser de côté ses préjugés raciaux, mais plutôt de savoir s’il y a une possibilité réaliste que cela se produise.

(4) *Impossibility of Proving That Racism in Society Will Lead to Juror Partiality*

To require the accused to present evidence that jurors will in fact be unable to set aside their prejudices as a condition of challenge for cause is to set the accused an impossible task. It is extremely difficult to isolate the jury decision and attribute a particular portion of it to a given racial prejudice observed at the community level. Jury research based on the study of actual trials cannot control all the variables correlated to race. Studies of mock juries run into external validity problems because they cannot recreate an authentic trial experience: see Jeffrey E. Pfeifer, "Reviewing the Empirical Evidence on Jury Racism: Findings of Discrimination or Discriminatory Findings?" (1990), 69 *Neb. L. Rev.* 230. As recognized by Doherty J.A. in *Parks, supra*, at p. 366, "[t]he existence and extent of [matters such as] racial bias are not issues which can be established in the manner normally associated with the proof of adjudicative facts".

"Concrete" evidence as to whether potential jurors can or cannot set aside their racial prejudices can be obtained only by questioning a juror. If the Canadian system permitted jurors to be questioned after trials as to how and why they made the decisions they did, there might be a prospect of obtaining empirical information on whether racially prejudiced jurors can set aside their prejudices. But s. 649 of the *Code* forbids this. So, imperfect as it is, the only way we have to test whether racially prejudiced jurors will be able to set aside their prejudices and judge impartially between the Crown and the accused, is by questioning prospective jurors on challenges for cause. In many cases, we can infer from the nature of widespread racial prejudice, that some jurors at least may be influenced by those prejudices in their deliberations. Whether or not this risk will materialize must be left to the triers of impartiality on the challenge for cause. To make it a condition of the right to challenge to cause is to require the

(4) *Impossibilité de prouver que le racisme dans la société entraînera la partialité d'un juré*

Exiger, comme condition des récusations motivées, que l'accusé prouve que des jurés seront incapables, dans les faits, de laisser de côté leurs préjugés, c'est lui imposer une tâche impossible. Il est extrêmement difficile d'isoler la décision du jury et d'en attribuer une partie à un certain préjugé racial observé dans la collectivité. Les recherches sur les jurys qui reposent sur l'étude de procès réels ne peuvent pas contrôler toutes les variables en corrélation avec la race. Les études portant sur des jurys simulés butent sur des problèmes de validité externe parce qu'elles ne peuvent pas recréer fidèlement un procès authentique: voir Jeffrey E. Pfeifer, «Reviewing the Empirical Evidence on Jury Racism: Findings of Discrimination or Discriminatory Findings?» (1990), 69 *Neb. L. Rev.* 230. Comme l'a reconnu le juge Doherty dans *Parks*, précité, à la p. 366, [TRADUCTION] «[l]'existence et l'étendue des préjugés raciaux [notamment] ne sont pas des questions dont on peut établir la preuve comme cela se fait normalement pour les faits en litige».

35

Seul l'interrogatoire d'un juré peut permettre d'obtenir une preuve «tangible» de sa capacité de laisser de côté ses préjugés raciaux. Si le système canadien permettait d'interroger les jurés, après le procès, afin de connaître comment et pourquoi ils ont pris leur décision, il serait possible de réunir des données empiriques sur la capacité des jurés de laisser de côté leurs préjugés raciaux. Mais l'art. 649 du *Code* l'interdit. Le seul moyen, si imparfait soit-il, dont nous disposons pour vérifier si des jurés ayant des préjugés raciaux seront capables de les laisser de côté et de juger impartialement entre le ministère public et l'accusé, consiste donc à interroger les candidats jurés dans le cadre de récusations motivées. Dans bien des cas, nous pouvons déduire de la nature des préjugés raciaux largement répandus que certains jurés du moins pourront être influencés par ces préjugés au cours de leurs délibérations. La question de savoir si ce risque se concrétisera doit être laissée à l'appréciation des vérificateurs de l'impartialité, dans

36

defence to prove the impossible and to accept that some jurors may be partial.

(5) *Failure to Read Section 638(1)(b) Purposively*

37 The object of s. 638(1)(b) must be to prevent persons who may not be able to act impartially from sitting as jurors. This object cannot be achieved if the evidentiary threshold for challenges for cause is set too high.

38 As discussed above, to ask an accused person to present evidence that some jurors will be unable to set their prejudices aside is to ask the impossible. We may infer in many cases, however, from the nature of racial prejudice, that some prospective jurors, in a community where prejudice against people of the accused's race is widespread, may be both prejudiced and unable to identify completely or free themselves from the effects of those prejudices. It follows that the requirement of concrete evidence that widespread racism will cause partiality would not fulfill the purpose of s. 638(1)(b).

39 Similarly, an evidentiary threshold of extreme prejudice would fail to fulfill the object of s. 638(1)(b). Extreme prejudice is not the only sort of prejudice that may render a juror partial. Ordinary "garden-variety" prejudice has the capacity to sway a juror and may be just as difficult to detect and eradicate as hatred. A threshold met only in exceptional cases would catch only the grossest forms of racial prejudice. Less extreme situations may raise a real risk of partiality. Yet there would be no screening of jurors in those situations. The aim of the section — to permit partial jurors to be identified and eliminated — would be only partially achieved. The exceptional nature of a situation is a poor indicator of whether there is a realistic danger or potential of partiality. Widespread racial prejudice is by definition not exceptional. Indeed, the very fact that it is not exceptional may add to a concern that some members of the jury

le cadre de la récusation motivée. En faire une condition du droit de récusation motivée, c'est obliger la défense à prouver l'impossible et accepter que certains jurés pourront être partiaux.

(5) *Omission d'interpréter l'alinéa 638(1)b en fonction de l'objet visé*

L'alinéa 638(1)b doit avoir pour objet d'empêcher des personnes qui peuvent être incapables d'agir impartialement d'exercer la fonction de juré. Cet objet ne pourra pas être réalisé si le critère préliminaire de preuve en matière de récusations motivées est trop strict.

Comme nous l'avons vu, demander à un accusé de prouver que certains jurés seront incapables de laisser de côté leurs préjugés, c'est demander l'impossible. Toutefois, dans bien des cas, nous pouvons déduire de la nature des préjugés raciaux que, dans une collectivité où sont largement répandus les préjugés contre les gens de la race de l'accusé, certains candidats jurés pourront à la fois avoir des préjugés et être incapables d'en déceler complètement les effets et d'y échapper. Il s'ensuit que l'exigence d'une preuve tangible que le racisme largement répandu entraînera la partialité ne permettrait pas de réaliser l'objet de l'al. 638(1)b.

De même, un critère préliminaire de preuve exigeant des préjugés extrêmes ne permettrait pas non plus de réaliser l'objet de l'al. 638(1)b. Les préjugés extrêmes ne sont pas les seuls qui peuvent rendre un juré partial. Les préjugés habituels peuvent influencer un juré et peuvent être aussi difficiles à déceler et à éliminer que la haine. Un critère préliminaire auquel on ne satisferait que dans des cas exceptionnels ne viserait que les formes les plus flagrantes de préjugés raciaux. Des situations moins extrêmes peuvent engendrer un risque réel de partialité. Pourtant, aucune sélection de jurés ne serait faite dans ces situations. Le but de la disposition — permettre de déceler et d'écartier les jurés partiaux — ne serait atteint qu'en partie. La nature exceptionnelle d'une situation indique mal si l'on est en présence d'un risque ou d'une possibilité réaliste de partialité. Par définition, les préjugés raciaux largement répandus ne sont pas exception-

pool may possess attitudes that may interfere with the impartial discharge of their obligations.

This raises the question of what evidentiary standard is appropriate on applications to challenge for cause based on racial prejudice. The appellant appears to accept the standard of widespread racial prejudice in the community. Interveners, however, urge a lower standard. One suggestion is that all aboriginal accused should have the right to challenge for cause. Another is that any accused who is a member of a disadvantaged group under s. 15 of the *Charter* should have the right to challenge for cause. Also possible is a rule which permits challenge for cause whenever there is bias against the accused's race in the community, even if that bias is not general or widespread.

A rule that accords an automatic right to challenge for cause on the basis that the accused is an aboriginal or member of a group that encounters discrimination conflicts from a methodological point of view with the approach in *Sherratt, supra*, that an accused may challenge for cause only upon establishing that there is a realistic potential for juror partiality. For example, it is difficult to see why women should have an automatic right to challenge for cause merely because they have been held to constitute a disadvantaged group under s. 15 of the *Charter*. Moreover, it is not correct to assume that membership in an aboriginal or minority group always implies a realistic potential for partiality. The relevant community for purposes of the rule is the community from which the jury pool is drawn. That community may or may not harbour prejudices against aboriginals. It likely would not, for example, in a community where aboriginals are in a majority position. That said, absent evidence to the contrary, where widespread prejudice against people of the accused's race is demonstrated at a national or provincial level, it

nels. En réalité, le fait même qu'ils ne soient pas exceptionnels peut renforcer la crainte que certains membres du tableau des jurés puissent avoir des attitudes susceptibles de compromettre l'exécution impartiale de leurs obligations.

Cela soulève la question de la norme de preuve appropriée pour les demandes de récusation fondées sur des préjugés raciaux. L'appelant semble accepter la norme des préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité. Des intervenants préconisent toutefois une norme moins stricte. L'un d'eux propose que tous les accusés autochtones aient le droit de récusation motivée. Un autre est d'avis que tout accusé appartenant à un groupe défavorisé au sens de l'art. 15 de la *Charte* devrait avoir ce droit. Il est possible en outre d'opter pour une règle autorisant les récusations motivées dans tous les cas où il y a des préjugés contre la race de l'accusé dans la collectivité, même si ces préjugés ne sont pas généraux ni largement répandus.

Une règle qui accorde un droit de récusation motivée automatique aux autochtones ou aux membres de groupes victimes de discrimination est incompatible, sur le plan méthodologique, avec le point de vue adopté dans *Sherratt*, précité, selon lequel l'accusé ne peut procéder à la récusation motivée qu'après avoir établi qu'il y a une possibilité réaliste de partialité chez le candidat juré. Par exemple, il est difficile de voir pourquoi les femmes devraient avoir un droit de récusation motivée automatique simplement parce qu'il a été jugé qu'elles forment un groupe défavorisé au sens de l'art. 15 de la *Charte*. De plus, il est erroné de supposer que l'appartenance à un groupe autochtone ou minoritaire implique toujours une possibilité réaliste de partialité. La collectivité pertinente aux fins de la règle est celle à partir de laquelle est dressé le tableau des jurés. Il se peut que cette collectivité ait ou n'ait pas des préjugés contre les autochtones. Elle n'en aurait vraisemblablement pas, par exemple, si les autochtones y étaient majoritaires. Cela dit, en l'absence de preuve contraire, lorsqu'il est démontré qu'il existe, à l'échelon national ou provincial, des préjugés largement répandus contre les gens de la race de l'accusé, il

will often be reasonable to infer that such prejudice is replicated at the community level.

sera souvent raisonnable de déduire que ces préjugés se retrouvent à l'échelon de la collectivité.

42 On the understanding that the jury pool is representative, one may safely insist that the accused demonstrate widespread or general prejudice against his or her race in the community as a condition of bringing a challenge for cause. It is at this point that bigoted or prejudiced people have the capacity to affect the impartiality of the jury.

Pourvu que le tableau des jurés soit représentatif, on peut à coup sûr exiger, comme condition d'une récusation motivée, que l'accusé démontre l'existence, dans la collectivité, de préjugés généraux ou largement répandus contre sa race. C'est à ce stade que les gens sectaires ou ayant des préjugés sont en mesure de compromettre l'impartialité du jury.

43 I add this. To say that widespread racial prejudice in the community can suffice to establish the right to challenge for cause in many cases is not to rule out the possibility that prejudice less than widespread might in some circumstances meet the *Sherratt* test. The ultimate question in each case is whether the *Sherratt* standard of a realistic potential for partiality is established.

J'ajoute ceci. Affirmer que les préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité peuvent suffire, dans bien des cas, pour établir le droit de récusation motivée ne revient pas à exclure la possibilité que des préjugés qui ne sont pas largement répandus satisfassent, dans certains cas, au critère de l'arrêt *Sherratt*. Il reste à décider, dans chaque cas, si on satisfait à la norme de la possibilité réaliste de partialité, établie dans *Sherratt*.

(6) *Failure to Interpret Section 638(1)(b) in Accordance with the Charter*

(6) *Omission d'interpréter l'alinéa 638(1)b conformément à la Charte*

44 Parliament's laws should be interpreted in a way that conforms to the constitutional requirements of the *Charter*: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. More particularly, where Parliament confers a discretion on a judge, it is presumed that Parliament intended the judge to exercise that discretion in accordance with the *Charter*: see *Slaight*, *supra*. This applies to the discretion conferred on trial judges by s. 638(2) of the *Code*.

Les lois du Parlement doivent être interprétées d'une manière conforme aux exigences constitutionnelles de la *Charte*: voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Plus particulièrement, lorsque le législateur confère un pouvoir discrétionnaire à un juge, on présume qu'il veut que ce dernier l'exerce conformément à la *Charte*: voir *Slaight*, précité. Cela vaut également pour le pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès par le par. 638(2) du *Code*.

45 The s. 11(d) of the *Charter* guarantees to all persons charged in Canada the right to be presumed innocent "until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal". A *Charter* right is meaningless, unless the accused is able to enforce it. This means that the accused must be permitted to challenge potential jurors where there is a realistic potential or possibility that some among the jury pool may harbour prejudices that deprive them of their impartiality.

L'alinéa 11d) de la *Charte* garantit à tout accusé au Canada le droit d'être présumé innocent «tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable». Un droit garanti par la *Charte* sera illusoire si l'accusé est incapable de le faire respecter. Cela signifie qu'il faut lui permettre de récuser des candidats jurés lorsqu'il y a une possibilité réaliste qu'ils aient des préjugés qui les dépouillent de leur impartialité.

This Court in *Sherratt, supra*, at p. 525, per L'Heureux-Dubé J., asserted the need for guarantees, as opposed to presumptions, of impartiality if *Charter* rights are to be respected:

The perceived importance of the jury and the *Charter* right to jury trial is meaningless without some guarantee that it will perform its duties impartially and represent, as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community. Indeed, without the two characteristics of impartiality and representativeness, a jury would be unable to perform properly many of the functions that make its existence desirable in the first place.

Doherty J.A. in *Parks, supra*, at p. 362, similarly underlined the need for safeguards of the accused's s. 11(d) *Charter* rights:

The accused's statutory right to challenge potential jurors for cause based on partiality is the only direct means an accused has to secure an impartial jury. The significance of the challenge process to both the appearance of fairness, and fairness itself, must not be underestimated.

The challenge for cause is an essential safeguard of the accused's s. 11(d) *Charter* right to a fair trial and an impartial jury. A representative jury pool and instructions from counsel and the trial judge are other safeguards. But the right to challenge for cause, in cases where it is shown that a realistic potential exists for partiality, remains an essential filament in the web of protections the law has woven to protect the constitutional right to have one's guilt or innocence determined by an impartial jury. If the *Charter* right is undercut by an interpretation of s. 638(1)(b) that sets too high a threshold for challenges for cause, it will be jeopardized.

The accused's right to be tried by an impartial jury under s. 11(d) of the *Charter* is a fair trial right. But it may also be seen as an anti-discrimination right. The application, intentional or unin-

À la page 525 de l'arrêt *Sherratt*, précité, notre Cour a affirmé, par l'intermédiaire du juge L'Heureux-Dubé, qu'il est nécessaire d'avoir des garanties, plutôt que des présomptions, d'impartialité si on veut que les droits garantis par la *Charte* soient respectés:

L'importance perçue du jury et du droit, conféré par la *Charte*, à un procès avec jury n'est qu'illusoire en l'absence d'une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l'ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l'impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l'impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable au départ.

À la page 362 de l'arrêt *Parks*, précité, le juge Doherty a souligné de la même façon la nécessité des garanties de respect des droits que la *Charte* confère à l'accusé:

[TRADUCTION] Le droit de récusation des candidats jurés pour cause de partialité, que la loi confère à l'accusé, est le seul moyen direct dont il dispose pour s'assurer de l'impartialité du jury. Il ne faut pas sous-estimer l'importance du processus de récusation pour ce qui est d'assurer non seulement l'apparence d'équité mais encore l'équité elle-même.

La récusation motivée est une garantie essentielle du droit à un procès équitable et à un jury impartial, que l'al. 11d) de la *Charte* confère à l'accusé. Un tableau des jurés représentatif et les directives des avocats et du juge du procès constituent d'autres garanties. Mais dans les cas où il est établi qu'il existe une possibilité réaliste de partialité, le droit de récusation motivée reste une maille essentielle du filet de protection que la loi a conçu pour garantir le droit constitutionnel de chacun d'être déclaré coupable ou innocent par un jury impartial. Le droit garanti par la *Charte* sera compromis s'il est miné par une interprétation de l'al. 638(1)b) qui fixe un critère trop strict pour les récusations motivées.

Le droit d'être jugé par un jury impartial, que l'al. 11d) de la *Charte* confère à l'accusé, est un droit à un procès équitable. Mais il peut aussi être considéré comme un droit à la protection contre

tentional, of racial stereotypes to the detriment of an accused person ranks among the most destructive forms of discrimination. The result of the discrimination may not be the loss of a benefit or a job or housing in the area of choice, but the loss of the accused's very liberty. The right must fall at the core of the guarantee in s. 15 of the *Charter* that "[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination".

49 Section s. 638(1)(b) should be read in light of the fundamental rights to a fair trial by an impartial jury and to equality before and under the law. A principled exercise of discretion in accordance with *Charter* values is required: see *Sherratt, supra*.

50 Although allowing challenges for cause in the face of widespread racial prejudice in the community will not eliminate the possibility of jury verdicts being affected by racial prejudice, it will have important benefits. Jurors who are honest or transparent about their racist views will be removed. All remaining jurors will be sensitized from the outset of the proceedings regarding the need to confront racial prejudice and will help ensure that it does not impact on the jury verdict. Finally, allowing such challenges will enhance the appearance of trial fairness in the eyes of the accused and other members of minority groups facing discrimination: see *Parks, supra*.

(7) *The Slippery Slope Argument*

51 The Crown concedes that practical concerns cannot negate the right to a fair trial. The Court of Appeal also emphasized this. Yet behind the conservative approach some courts have taken, one detects a fear that to permit challenges for cause on the ground of widespread prejudice in the community would be to render our trial process more complex and more costly, and would represent an invasion of the privacy interests of prospective

toute discrimination. L'application, intentionnelle ou non, de stéréotypes raciaux au détriment d'un accusé compte parmi les formes les plus destructrices de discrimination. Pour l'accusé, la discrimination peut entraîner non pas la perte d'un avantage, d'un emploi ou d'un logement dans le secteur souhaité, mais la perte de sa liberté même. Ce droit doit être au cœur de la garantie contenue à l'art. 15 de la *Charte*, selon laquelle «[l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination».

L'alinéa 638(1)b) devrait être interprété en fonction des droits fondamentaux à un procès équitable devant un jury impartial, et à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi. L'exercice du pouvoir discrétionnaire doit être fondé sur des principes et conforme aux valeurs de la *Charte*: voir *Sherratt*, précité.

Même si l'autorisation des récusations motivées, lorsqu'il y a des préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité, n'éliminera pas la possibilité que le verdict d'un jury soit influencé par des préjugés raciaux, elle comportera d'importants avantages. Les jurés qui font preuve de sincérité et de transparence au sujet de leurs opinions racistes seront écartés. Les autres seront sensibilisés d'entrée de jeu à la nécessité de faire face aux préjugés raciaux et aideront à assurer qu'ils n'aient aucun effet sur leur verdict. Finalement, permettre ces récusations augmentera l'apparence d'équité du procès aux yeux de l'accusé et des autres membres des minorités victimes de discrimination: voir *Parks*, précité.

(7) *L'argument du doigt dans l'engrenage*

Le ministère public reconnaît que des craintes d'ordre pratique ne sauraient annihiler le droit à un procès équitable. Cela a également été souligné par la Cour d'appel. Néanmoins, on décèle, derrière l'approche prudente que certains tribunaux ont adoptée, la crainte que l'autorisation des récusations fondées sur des préjugés largement répandus dans la collectivité ne rende nos procès plus complexes et coûteux et ne porte atteinte aux droits à la

jurors without a commensurate increase in fairness. Some have openly expressed the fear that if challenges for cause are permitted on grounds of racial prejudice, the Canadian approach will quickly evolve into the approach in the United States of routine and sometimes lengthy challenges for cause of every juror in every case with attendant cost, delay and invasion of juror privacy.

In my view, the rule enunciated by this Court in *Sherratt, supra*, suffices to maintain the right to a fair and impartial trial, without adopting the United States model or a variant on it. *Sherratt* starts from the presumption that members of the jury pool are capable of serving as impartial jurors. This means that there can be no automatic right to challenge for cause. In order to establish such a right, the accused must show that there is a realistic potential that some members of the jury pool may be biased in a way that may impact negatively on the accused. A realistic potential of racial prejudice can often be demonstrated by establishing widespread prejudice in the community against people of the accused's race. As long as this requirement is in place, the Canadian rule will be much more restrictive than the rule in the United States.

In addition, procedures on challenges for cause can and should be tailored to protect the accused's right to a fair trial by an impartial jury, while also protecting the privacy interests of prospective jurors and avoiding lengthening trials or increasing their cost.

In the case at bar, the accused called witnesses and tendered studies to establish widespread prejudice in the community against aboriginal people. It may not be necessary to duplicate this investment in time and resources at the stage of establishing racial prejudice in the community in all subsequent cases. The law of evidence recognizes two ways in which facts can be established in the trial process. The first is by evidence. The second is by judicial notice. Tanovich, Paciocco

vie privée des candidats jurés, sans que l'équité ne soit augmentée d'autant. D'aucuns ont exprimé ouvertement la crainte que si des récusations fondées sur des préjugés raciaux sont autorisées, l'approche suivie au Canada ne finisse rapidement par devenir celle des États-Unis, qui consiste, dans tous les cas, à recourir systématiquement à la récusation motivée de chaque candidat juré, qui prend parfois beaucoup de temps et qui est coûteuse, dilatoire et attentatoire à la vie privée des jurés.

À mon avis, la règle énoncée par notre Cour dans l'arrêt *Sherratt*, précité, suffit pour maintenir le droit à un procès équitable et impartial, sans qu'il soit nécessaire d'adopter le modèle américain ou une variante de ce modèle. L'arrêt *Sherratt* tient pour acquis, au départ, que les membres du tableau des jurés sont capables d'être des jurés impartiaux. Cela signifie qu'il ne saurait y avoir aucun droit de récusation motivée automatique. Pour établir l'existence de ce droit, l'accusé doit montrer qu'il y a une possibilité réaliste que certains membres du tableau des jurés aient des préjugés susceptibles d'avoir une incidence négative sur l'accusé. L'existence d'une possibilité réaliste de préjugés raciaux peut souvent être établie en démontrant l'existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les gens de la race de l'accusé. Tant que cette exigence sera maintenue, la règle canadienne sera beaucoup plus restrictive que la règle américaine.

De plus, la procédure de récusation motivée peut et devrait être conçue pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable devant un jury impartial, tout en protégeant aussi le droit à la vie privée des candidats jurés et en évitant l'allongement des procès ou l'augmentation de leur coût.

En l'espèce, l'accusé a assigné des témoins et produit des études pour établir l'existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones. Il ne sera peut-être pas nécessaire, dans toutes les instances ultérieures, de consacrer tout ce temps et toutes ces ressources à la preuve des préjugés raciaux dans la collectivité. Le droit de la preuve reconnaît deux modes d'établissement des faits au procès. Le premier est la preuve. Le second est la connaissance d'office. Tanovich,

52

53

54

and Skurka observe that because of the limitations on the traditional forms of proof in this context, “doctrines of judicial notice [will] play a significant role in determining whether a particular request for challenge for cause satisfies the threshold test”: see *Jury Selection in Criminal Trials* (1997), at p. 138. Judicial notice is the acceptance of a fact without proof. It applies to two kinds of facts: (1) facts which are so notorious as not be the subject of dispute among reasonable persons; and (2) facts that are capable of immediate and accurate demonstration by resorting to readily accessible sources of indisputable accuracy: see Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 976. The existence of racial prejudice in the community may be a notorious fact within the first branch of the rule. As Sopinka, Lederman and Bryant note, at p. 977, “[t]he character of a certain place or of the community of persons living in a certain locality has been judicially noticed”. Widespread racial prejudice, as a characteristic of the community, may therefore sometimes be the subject of judicial notice. Moreover, once a finding of fact of widespread racial prejudice in the community is made on evidence, as here, judges in subsequent cases may be able to take judicial notice of the fact. “The fact that a certain fact or matter has been noted by a judge of the same court in a previous matter has precedential value and it is, therefore, useful for counsel and the court to examine the case law when attempting to determine whether any particular fact can be noted”: see Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 977. It is also possible that events and documents of indisputable accuracy may permit judicial notice to be taken of widespread racism in the community under the second branch of the rule. For these reasons, it is unlikely that long inquiries into the existence of widespread racial prejudice in the community will become a regular feature of the criminal trial process. While these comments are not necessarily limited to challenges for cause, the question whether they are applicable to other

Paciocco et Skurka font observer qu’en raison des restrictions apportées aux modes traditionnels de preuve dans ce contexte, [TRADUCTION] «les règles de la connaissance d’office jou[eront] un rôle important pour ce qui est de déterminer si une demande particulière de récusation motivée satisfait au critère préliminaire»: voir *Jury Selection in Criminal Trials* (1997), à la p. 138. La connaissance d’office est l’acceptation d’un fait sans preuve. Celle-ci s’applique à deux genres de faits: (1) les faits dont la notoriété rend l’existence raisonnablement incontestable, et (2), les faits dont l’existence peut être démontrée immédiatement et exactement par le recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable: voir Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 976. L’existence de préjugés raciaux dans la collectivité peut être un fait notoire au sens du premier volet de la règle. Comme le font remarquer Sopinka, Lederman et Bryant, à la p. 977: [TRADUCTION] «[i]l y a eu connaissance d’office de la réputation d’un lieu donné ou d’une collectivité donnée». Les préjugés raciaux largement répandus peuvent donc parfois, en tant que caractéristique de la collectivité, faire l’objet d’une connaissance d’office. En outre, dès qu’un tribunal conclut, d’après les faits soumis en preuve, qu’il existe des préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité, comme c’est le cas en l’espèce, les juges dans les instances ultérieures pourront prendre connaissance d’office de ce fait. [TRADUCTION] «Lorsqu’un juge de la même cour a pris connaissance d’office d’un fait ou d’une question dans une affaire antérieure, cela a valeur de précédent, et il est donc utile que les avocats et la cour examinent la jurisprudence pour décider si un fait donné peut faire l’objet d’une connaissance d’office»: voir Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 977. Il est également possible que des faits et des documents dont l’exactitude est incontestable permettent de prendre connaissance d’office, selon le second volet de la règle, du racisme largement répandu dans la collectivité. Pour ces raisons, il est peu probable que le procès criminel en vienne à comporter régulièrement de longs examens destinés à vérifier l’existence de préjugés raciaux largement répandus. Bien que les présentes observations ne soient pas nécessairement limitées

phases of the criminal trial is not to be decided in the present case.

At the stage of the actual challenge for cause, the procedure is similarly likely to be summary. The trial judge has a wide discretion in controlling the process to prevent its abuse, to ensure that it is fair to the prospective juror as well as to the accused, and to avoid the trial's being unnecessarily prolonged by challenges for cause: see *Hubbert, supra*. In the case at bar, Hutchison J. at the first trial confined the challenge to two questions, subject to a few tightly controlled subsidiary questions. This is a practice to be emulated. The fear that trials will be lengthened and rendered more costly by upholding the right to challenge for cause where widespread racial prejudice is established is belied by the experience in Ontario since the ruling in *Parks, supra*. The Criminal Lawyers' Association (Ontario), an intervener, advised that in those cases where the matter arises, an average of 35-45 minutes is consumed. The Attorney General for Ontario did not contradict this statement and supports the appellant's position.

While cost-benefit analyses cannot ultimately be determinative, permitting challenges for cause on the basis of widespread prejudice against persons of the accused's race seems unlikely to lengthen or increase significantly the cost of criminal trials. Nor, properly managed, should it unduly impinge on the rights of jurors. As Doherty J.A. stated in *Parks, supra*, at p. 379:

In reaching my conclusion I have not relied on a costs/benefit analysis. Fairness cannot ultimately be measured on a balance sheet. . . . The only "cost" is a small increase in the length of the trial. There is no "cost" to the prospective juror. He or she should not be embarrassed by the question; nor can the question realistically be seen as an intrusion into a juror's privacy.

aux récusations motivées, la question de savoir si elles s'appliquent à d'autres phases du procès criminel ne doit pas être tranchée en l'espèce.

À l'étape de la récusation motivée elle-même, la procédure sera vraisemblablement aussi sommaire. Le juge du procès est investi d'un large pouvoir discrétionnaire de diriger ce processus afin d'empêcher qu'on en abuse, d'en assurer l'équité pour le candidat juré et pour l'accusé, et d'éviter que des récusations viennent prolonger inutilement le procès: voir *Hubbert, précité*. Lors du premier procès tenu dans la présente affaire, le juge Hutchison a limité le processus de récusation à deux questions, sous réserve de quelques questions accessoires rigoureusement contrôlées. C'est une pratique à imiter. La crainte que les procès ne soient plus longs et coûteux si le droit de récusation motivée est maintenu dans les cas où on établit l'existence de préjugés raciaux largement répandus est démentie par l'expérience ontarienne depuis l'arrêt *Parks, précité*. L'intervenante, la Criminal Lawyers' Association (Ontario), nous a informés que, dans les affaires où la question se pose, on y consacre, en moyenne, de 35 à 45 minutes. Le procureur général de l'Ontario n'a pas contredit cette assertion et appuie la position de l'appelant.

Bien que les analyses coûts-avantages ne puissent pas être concluantes, il semble qu'il y ait peu de chances que, en autorisant les récusations fondées sur les préjugés largement répandus contre la race de l'accusé, on allonge sensiblement les procès criminels ou qu'on en fasse augmenter sensiblement le coût. Si tout est bien géré, cela ne devrait pas non plus trop empiéter sur les droits des jurés. Comme le dit le juge Doherty dans *Parks, précité*, à la p. 379:

[TRADUCTION] Pour en arriver à cette conclusion, je n'ai pas fait d'analyse coûts-avantages. L'équité ne saurait en fin de compte être évaluée comme un poste de bilan. [. . .] Le seul «coût» est une faible augmentation de durée du procès. Ce n'est pas un «coût» pour le candidat juré. Il ne devrait pas être gêné par cette question, qui ne devrait pas non plus être réalistement perçue comme une atteinte à la vie privée d'un juré.

Summary

57

There is a presumption that a jury pool is composed of persons who can serve impartially. However, where the accused establishes that there is a realistic potential for partiality, the accused should be permitted to challenge prospective jurors for cause under s. 638(1)(b) of the *Code*: see *Sherratt, supra*. Applying this rule to applications based on prejudice against persons of the accused's race, the judge should exercise his or her discretion to permit challenges for cause if the accused establishes widespread racial prejudice in the community.

Conclusion

58

Although they acknowledged the existence of widespread bias against aboriginals, both Esson C.J. and the British Columbia Court of Appeal held that the evidence did not demonstrate a reasonable possibility that prospective jurors would be partial. In my view, there was ample evidence that this widespread prejudice included elements that could have affected the impartiality of jurors. Racism against aboriginals includes stereotypes that relate to credibility, worthiness and criminal propensity. As the Canadian Bar Association stated in *Locking up Natives in Canada: A Report of the Committee of the Canadian Bar Association on Imprisonment and Release* (1988), at p. 5:

Put at its baldest, there is an equation of being drunk, Indian and in prison. Like many stereotypes, this one has a dark underside. It reflects a view of native people as uncivilized and without a coherent social or moral order. The stereotype prevents us from seeing native people as equals.

There is evidence that this widespread racism has translated into systemic discrimination in the criminal justice system: see Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada* (1996), at p. 33; *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Find-*

Résumé

Il est présumé qu'un tableau des jurés est composé de personnes qui peuvent exercer impartialement la fonction de juré. Toutefois, lorsque l'accusé établit l'existence d'une possibilité réaliste de partialité, il devrait lui être permis de récuser les candidats jurés pour le motif exposé à l'al. 638(1)(b) du *Code*: voir *Sherratt*, précité. Appliquant cette règle aux demandes fondées sur les préjugés contre les gens de la race de l'accusé, le juge devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de permettre les récusations motivées si l'accusé établit l'existence de préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité.

Conclusion

Bien qu'ils aient reconnu l'existence de préjugés largement répandus contre les autochtones, le juge en chef Esson et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont conclu que la preuve n'établissait pas l'existence d'une possibilité réaliste que des candidats jurés soient partiaux. À mon avis, la preuve démontrait amplement qu'il y avait, dans ces préjugés largement répandus, des éléments susceptibles de compromettre l'impartialité des jurés. Le racisme dont sont victimes les autochtones comprend des stéréotypes en matière de crédibilité, de respectabilité et de propension à la criminalité. Comme l'a affirmé l'Association du Barreau canadien dans *Locking up Natives in Canada: A Report of the Committee of the Canadian Bar Association on Imprisonment and Release* (1988), à la p. 5:

[TRADUCTION] Tout simplement, être ivre, Indien et en prison sont les termes d'une même équation. À l'instar de nombreux stéréotypes, celui-là a un côté sombre. Il reflète une perception des autochtones comme formant un peuple non civilisé, dépourvu d'ordre social ou moral cohérent. Ce stéréotype nous empêche de considérer les autochtones comme des égaux.

Il y a une preuve que ce racisme largement répandu s'est traduit par une discrimination systémique dans le système de justice pénale: voir Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles: Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada* (1996), à la p. 37; *Royal Commission on the*

ings and Recommendations (1989), vol. 1, at p. 162; *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry* (1993), at p. 11. Finally, as Esson C.J. noted, tensions between aboriginals and non-aboriginals have increased in recent years as a result of developments in such areas as land claims and fishing rights. These tensions increase the potential of racist jurors siding with the Crown as the perceived representative of the majority's interests.

In these circumstances, the trial judge should have allowed the accused to challenge prospective jurors for cause. Notwithstanding the accused's defence that another aboriginal person committed the robbery, juror prejudice could have affected the trial in many other ways. Consequently, there was a realistic potential that some of the jurors might not have been indifferent between the Crown and the accused. The potential for prejudice was increased by the failure of the trial judge to instruct the jury to set aside any racial prejudices that they might have against aboriginals. It cannot be said that the accused had the fair trial by an impartial jury to which he was entitled.

I would allow the appeal and direct a new trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: McCullough, Parsons, Victoria.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

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

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

Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations (1989), vol. 1, à la p. 162; *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry* (1993), à la p. 11. Enfin, comme l'a souligné le juge en chef Esson, les événements survenus ces dernières années dans le domaine notamment des revendications territoriales et des droits de pêche ont eu pour effet d'accroître les tensions entre autochtones et non-autochtones. Ces tensions renforcent la possibilité que des jurés racistes prennent parti pour le ministère public en le percevant comme le représentant des intérêts de la majorité.

Dans ces circonstances, le juge du procès aurait dû permettre à l'accusé de récuser des candidats jurés pour cause. En dépit du moyen de défense de l'accusé, selon lequel un autre autochtone avait commis le vol qualifié, les préjugés des jurés auraient pu nuire au procès de bien d'autres manières. En conséquence, il y avait une possibilité réaliste que certains des jurés ne soient pas impartiaux entre le ministère public et l'accusé. La possibilité de préjugés a été renforcée par l'omission du juge du procès de demander aux jurés, dans ses directives, de laisser de côté tous préjugés raciaux qu'ils pouvaient avoir contre les autochtones. On ne peut pas dire que l'accusé a subi le procès équitable devant un jury impartial auquel il avait droit.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: McCullough, Parsons, Victoria.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

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

Solicitor for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Solicitor for the intervener the African Canadian Legal Clinic: The African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Urban Alliance on Race Relations (Justice): Falconer, Macklin, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureur de l'intervenante l'African Canadian Legal Clinic: L'African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Urban Alliance on Race Relations (Justice): Falconer, Macklin, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario): Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

The Minister of Finance for the Province of New Brunswick and the Provincial Sales Tax Commissioner for the Province of New Brunswick *Appellants*

v.

Union of New Brunswick Indians and Paul David Leonard Tomah, suing on his own behalf and on behalf of all New Brunswick Indian Bands and their members *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Grand Council of the Crees (Eeyou Estchee), the Cree Regional Authority, Matthew Coon Come, Violet Pachanos and Bill Namagoose *Interveners*

INDEXED AS: UNION OF NEW BRUNSWICK INDIANS v. NEW BRUNSWICK (MINISTER OF FINANCE)

File No.: 25427.

1998: March 25; 1998: June 18.

Present: Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Indians — Taxation — Reserves — Indian Act exempting goods on-reserve from taxation — Whether goods purchased off-reserve for use on-reserve subject to provincial sales tax — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 87 — Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10, ss. 1 “consumer”, “purchaser”, “retail sale”, 4, 5, 8, 16.

New Brunswick’s *Social Services and Education Tax Act* levies a tax on items sold for consumption at the

Le ministre des Finances du Nouveau-Brunswick et le commissaire de l’impôt provincial du Nouveau-Brunswick *Appellants*

c.

Union of New Brunswick Indians et Paul David Leonard Tomah, en son propre nom et au nom de toutes les bandes indiennes du Nouveau-Brunswick et de leurs membres *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l’Alberta, le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee), l’Administration régionale crie, Matthew Coon Come, Violet Pachanos et Bill Namagoose *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: UNION OF NEW BRUNSWICK INDIANS c. NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DES FINANCES)

N° du greffe: 25427.

1998: 25 mars; 1998: 18 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Indiens — Taxation — Réserves — Biens dans la réserve exemptés de taxe par la Loi sur les Indiens — Les biens achetés à l’extérieur de la réserve en vue d’une utilisation dans la réserve sont-ils soumis à la taxe sur les ventes provinciale? — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 87 — Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation, L.R.N.-B. 1973, ch. S-10, art. 1 «consommateur», «acheteur», «vente au détail», 4, 5, 8, 16.

La *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation* du Nouveau-Brunswick assujettit à la taxe les

time of the sale. In 1993, a provision giving status Indians an exemption from paying provincial sales tax on goods purchased off-reserve for on-reserve use was repealed so that only goods and services purchased on reserve lands or delivered there by the vendor were sales tax exempt. The respondents brought a test case involving items for personal use and consumption which had been purchased by Indians off the reserve for use on the reserve. The trial judge concluded that s. 87 of the *Indian Act*, which exempts goods on reserves from taxation, applies only to property actually situated on a reserve. A majority of the Court of Appeal reversed this decision. At issue here is whether New Brunswick Indians were required to pay provincial sales tax on goods purchased off the reserve for consumption on the reserve. The constitutional question queried whether, if as a matter of statutory interpretation s. 87 of the *Indian Act* prohibits taxation of tangible personal property purchased off-reserve, New Brunswick's *Social Services and Education Tax Act* was rendered inoperative to the extent of the inconsistency with s. 87.

Held (Gonthier and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be allowed. New Brunswick's *Social Services and Education Tax Act* is not inconsistent with s. 87 of the *Indian Act* because that section does not prohibit taxation in respect of tangible personal property purchased off-reserve even if destined for use on-reserve.

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Section 87 of the *Indian Act* applies only to property physically located on a reserve at the time of taxation or property whose paramount location is on a reserve at the time of taxation. This comports with the purpose of s. 87, which is to protect the property of Indians on reserves and prevent that property from being eroded. In determining the applicability of s. 87, one must consider whether the property is located or has its paramount location on a reserve at the time and place that the tax would otherwise attach. In the context of retail sales taxes, this can be called the "point of sale" test.

articles vendus à des fins de consommation au moment de la vente. À la suite de l'abrogation en 1993 d'une disposition exemptant les Indiens inscrits de la taxe sur les ventes provinciale applicable aux biens achetés à l'extérieur de la réserve à des fins d'utilisation dans la réserve, seuls les biens et services achetés sur les terres de la réserve ou livrés dans la réserve par le vendeur étaient exemptés de la taxe sur les ventes. Les intimés ont soumis aux tribunaux une cause-type visant des articles d'utilisation et de consommation personnelles qui avaient été achetés par des Indiens à l'extérieur de la réserve aux fins d'utilisation dans la réserve. Le juge du procès a conclu que l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, qui soustrait à la taxation les biens situés dans les réserves, ne s'applique qu'aux biens situés véritablement dans une réserve. À la majorité, la Cour d'appel a infirmé cette décision. En l'espèce, il s'agit de déterminer si les Indiens du Nouveau-Brunswick devaient acquitter la taxe sur les ventes provinciale à l'égard de biens achetés à l'extérieur de la réserve aux fins de consommation à l'intérieur de la réserve. La question constitutionnelle était la suivante: si, selon les principes de l'interprétation législative, l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens* interdit la taxation des biens meubles corporels achetés à l'extérieur de la réserve, la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation* du Nouveau-Brunswick est-elle inopérante dans la mesure de son incompatibilité avec l'art. 87?

Arrêt (les juges Gonthier et Binnie sont dissidents): Le pourvoi est accueilli. La *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation* du Nouveau-Brunswick n'est pas incompatible avec l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens* parce que cette disposition n'interdit pas la taxation des biens meubles corporels achetés à l'extérieur de la réserve même s'ils sont destinés à être utilisés dans la réserve.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: L'article 87 de la *Loi sur les Indiens* s'applique seulement aux biens se trouvant physiquement dans une réserve au moment de la taxation ou aux biens dont l'emplacement prépondérant est situé dans une réserve au moment de la taxation. Cela s'accorde avec l'objet de l'art. 87, qui est de préserver les biens des Indiens dans les réserves et d'empêcher qu'il n'y soit porté atteinte. Pour déterminer si l'art. 87 s'applique, il faut se demander si le bien ou son emplacement prépondérant est situé dans une réserve au moment et à l'endroit où la taxe devrait normalement s'appliquer. Dans le contexte de la taxe sur les ventes au détail, c'est ce qu'on peut appeler le critère du «point de vente».

Provincial sales taxes when imposed on retail sales are sales taxes and not taxes on consumption, notwithstanding references to “consumer” and “consumption”. This sort of language is used to define the taxpayer and so avoid the charge of indirect taxation. It has been repeatedly held to impose a sales tax, not a consumption tax. Sections 1, 4 and 5 of the *Social Services and Education Tax Act*, when read together, impose a direct retail sales tax that fixes on the transaction of sale and is calculated on the fair value of the goods. In the case of a retail sale, the act of purchase, not the act of consumption, triggers liability for the sales tax. For the purposes of these sections, it is largely irrelevant how, why, where, when, and by whom they are consumed once they have been purchased at a retail sale within the province. If there is a sale but no consumption, the sales tax is still payable. If the sales tax were a true consumption tax, each use of taxable goods by the ultimate consumer would attract tax liability.

The “paramount location” test, which has been used to protect Indian property normally situated on the reserve from being taxed or seized while off-reserve, should not be applied to sales taxes on tangible goods. Sales taxes attach at the moment of sale and the property at this point cannot have its paramount location elsewhere than the point of sale because no pattern of use and safekeeping has been established. The location of property after the sale and the imposition of sales tax is irrelevant. Goods purchased off-reserve therefore attract tax, while goods purchased on-reserve are exempt, regardless of where the purchaser may intend to use them. To make taxation dependent on the place of anticipated use would render the administration of the tax uncertain and unworkable. Where the location of the property at the time of taxation is readily apparent, the “paramount location” test need not be applied.

To apply s. 87 to sales tax levied off-reserve on goods purchased by Indians for use on the reserve would take the purpose of s. 87 far beyond preventing the erosion of on-reserve Indian property which this Court articulated to be the purpose of s. 87. Such an extension flies in the face of the wording of s. 87(1)(b), which confines the protection from taxation to property situated on a reserve. The history of s. 87 also belies the conclusion

Les taxes sur les ventes provinciales qui frappent les ventes au détail sont des taxes sur les ventes et non des taxes à la consommation, malgré les renvois aux «consommateur[s]» et à la «consommation». Ce genre de libellé sert à définir le contribuable de manière à éviter que la taxe soit qualifiée de taxe indirecte. Ce libellé a maintes fois été reconnu comme établissant une taxe sur les ventes et non une taxe à la consommation. Les articles premier, 4 et 5 de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation*, interprétés ensemble, imposent une taxe directe sur les ventes au détail qui frappe l'opération de vente et est calculée sur la juste valeur des biens. Dans le cas d'une vente au détail, l'achat et non la consommation fait naître l'obligation de payer la taxe sur les ventes. Pour l'application de ces dispositions, la question de savoir comment, pourquoi, où, quand et par qui est consommé le bien acheté à l'issue d'une vente au détail effectuée dans la province n'a pas grande pertinence. Si la vente n'est pas suivie de la consommation, la taxe sur les ventes reste payable. Si la taxe sur les ventes était véritablement une taxe à la consommation, chaque utilisation des biens taxables par le consommateur final ferait naître l'obligation fiscale.

Le critère de l'«emplacement prépondérant», qui a été utilisé pour soustraire à la taxation ou à la saisie les biens des Indiens normalement situés dans une réserve qui se trouvent à l'extérieur de la réserve, ne devrait pas s'appliquer aux taxes sur les ventes grevant des biens corporels. L'assujettissement à la taxe sur les ventes survient au moment de la vente et le bien ne peut alors avoir son emplacement prépondérant ailleurs qu'au point de vente parce qu'aucune habitude d'utilisation et de garde n'est établie. L'emplacement du bien après la vente et l'imposition de la taxe n'est pas pertinent. Les biens achetés à l'extérieur d'une réserve sont donc assujettis à la taxe, alors que les biens acquis dans une réserve en sont exempts, peu importe l'endroit où l'acheteur a l'intention de les utiliser. Rattacher la taxation au lieu prévu pour l'utilisation du bien acheté rendrait l'application de la taxe incertaine, voire impossible. Lorsque l'emplacement du bien au moment de la taxation est facilement déterminable, il n'est pas nécessaire d'invoquer le critère de l'«emplacement prépondérant».

Appliquer l'art. 87 aux taxes sur les ventes prélevées à l'extérieur des réserves sur les biens achetés par les Indiens aux fins d'utilisation dans une réserve, ce serait élargir considérablement la portée de l'art. 87 dont l'objet, défini par notre Cour, est d'empêcher qu'il ne soit porté atteinte aux biens des Indiens situés dans les réserves. Une telle extension va à l'encontre du libellé de l'al. 87(1)(b) qui limite la protection contre la taxation

that Parliament intended it to provide general tax protection for property intended for on-reserve use. Finally, providing a tax exemption to Indians for property purchased off-reserve will not necessarily benefit Indians uniformly. Adopting the “paramount location” test would have adverse consequences for Indians who live off the reserve because they would presumably have to pay tax on goods purchased on-reserve for use off the reserve.

The “point of sale” test is beneficial to on-reserve Indians in many parts of Canada. First, it provides an incentive for Indians to establish their own retail outlets on reserves and gives a competitive edge to reserve businesses, thereby increasing economic activity and employment. Second, the “point of sale” approach to the tax exemption permits reserves to impose their own taxes on reserve sales, thus creating a tax base for aboriginal governments. These considerations belie the conclusion that s. 87, by its object and purpose, must be read as intending to exempt Indians from all sales taxes, whether on or off a reserve, on property used on reserves.

Per Gonthier and Binnie JJ. (dissenting): The expression “situated on a reserve” bears the same interpretation in s. 87(1) of the *Indian Act* as it does elsewhere in that statute and should not be extended in an artificial or conceptual way to cover personal property that is not physically situated on a reserve at the critical time. Indian people cannot be expected to live reasonably on the reserve without making purchases. If the goods are not available locally, then purchases will have to be made off-reserve to enable the Indians to enjoy a reasonable standard of life on the reserve. Exemption of such goods from taxation in these circumstances is consistent with the purpose of s. 87(1).

New Brunswick, having levied a tax explicitly “in respect of consumption” to finesse any constitutional challenge to its constitutional validity based on the tax being construed as an indirect tax beyond provincial competence, should not be relieved of the consequences of that design feature when the statute is subjected to

aux biens situés dans une réserve. L’historique de l’art. 87 dément aussi la conclusion que le législateur avait l’intention d’accorder une exonération fiscale générale à l’égard des biens que l’on se propose d’utiliser dans la réserve. Enfin, les Indiens ne profiteront pas nécessairement de manière uniforme d’une exemption fiscale visant les biens achetés à l’extérieur des réserves. L’adoption du critère de l’«emplacement prépondérant» aurait des conséquences néfastes pour les Indiens qui vivent à l’extérieur des réserves parce qu’ils devraient vraisemblablement acquitter la taxe sur les biens achetés à l’intérieur d’une réserve aux fins d’utilisation à l’extérieur d’une réserve.

Dans beaucoup de régions au Canada, le critère du «point de vente» est avantageux pour les Indiens qui vivent dans les réserves. Premièrement, il encourage les Indiens à établir leurs propres points de vente au détail dans les réserves et procure un avantage compétitif aux entreprises situées dans les réserves, favorisant ainsi la croissance de l’économie et de l’emploi. Deuxièmement, l’application du critère du «point de vente» à l’exemption fiscale permet aux réserves d’imposer leurs propres taxes sur les ventes effectuées dans les réserves et de créer ainsi une assiette fiscale propre aux gouvernements autochtones. Ces considérations vont à l’encontre de la conclusion que l’art. 87, en raison de son objet et de son but, doit être interprété comme la manifestation d’une volonté d’exempter les Indiens de toutes les taxes sur les ventes grevant des biens utilisés dans les réserves, que les ventes aient lieu à l’intérieur ou à l’extérieur des réserves.

Les juges Gonthier et Binnie (dissidents): L’expression «situés sur une réserve» doit recevoir la même interprétation au par. 87(1) de la *Loi sur les Indiens* qu’ailleurs dans cette loi et sa portée ne doit pas être étendue de manière artificielle ou conceptuelle de façon qu’elle vise les biens meubles ne se trouvant pas physiquement dans une réserve au moment crucial. On ne peut s’attendre à ce que les Indiens vivent de façon acceptable dans les réserves sans se procurer des biens. Si ceux-ci ne sont pas offerts dans la réserve, les achats devront être effectués à l’extérieur afin que les Indiens puissent jouir d’un niveau de vie raisonnable dans la réserve. Soustraire de tels biens à la taxation dans ces circonstances est compatible avec l’objet du par. 87(1).

Ayant perçu une taxe explicitement présentée comme une taxe «sur la consommation» afin d’éviter adroitement que sa validité ne soit contestée sur le plan constitutionnel pour le motif qu’elle constitue une taxe indirecte outrepassant les compétences provinciales, le Nouveau-Brunswick ne doit pas échapper aux consé-

scrutiny under s. 87 of the *Indian Act*. If in fact the New Brunswick tax had been charged in respect of the transaction of purchase and sale, then the tax (subject to any constitutional infirmities) would be an exigible as neither the purchaser nor the goods were situated on a reserve at the time of the transaction. However, s. 4 of the *Social Services and Education Tax Act* imposes the tax in “respect of consumption”, and the critical time is therefore the time of consumption, not the time when the goods were purchased. At the time of consumption, the goods are “primarily located” on the reserve. While the legislation identifies a retail sale as a condition precedent to taxation where goods are purchased in the province, such a condition precedent cannot reasonably be characterized as the subject matter of the tax.

In any event, given that some of the key provisions of the Act are ambiguous in their meaning and effect and since any ambiguities should be resolved in favour of the Indian taxpayers, s. 87 applies. The assurance, expressed in earlier cases, that s. 87 is designed to give status Indian people a meaningful tax choice in the location of their personal property should not be defeated.

The “pattern of use and safekeeping” which controls the tax treatment under s. 87(1) is not necessarily the *situs* of the personal property at the moment of acquisition. Even if some importance is to be attached to *situs* at that moment, the issue here is not unidimensional, and the circumstances of acquisition should be placed in the larger “pattern” or context of the realities of life on a New Brunswick reserve. The “paramount location” approach reflects a purposive approach to s. 87(1)(b), and confirms the appropriateness of a tax exemption in this case.

The purpose of s. 87 was not to allow merchants on reserves to compete on a tax-free basis with off-reserve merchants for business in the broader community. In terms of financing Indian self-government, the present wording of s. 87 is not immutable. The s. 87 exemption is the creature of an ordinary federal statute and can be expanded or redefined as Parliament sees fit.

quences de cette particularité lorsque la loi fait l’objet d’un examen fondé sur l’art. 87 de la *Loi sur les Indiens*. Si, de fait, la taxe du Nouveau-Brunswick frappe l’opération d’achat et de vente, il faut conclure (sous réserve de manquements sur le plan constitutionnel, le cas échéant) que la taxe est exigible, étant donné que ni l’acheteur ni les biens ne se trouvaient dans la réserve au moment de l’opération. Cependant, l’art. 4 de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation* impose une taxe «sur la consommation», et le moment crucial est donc le moment de la consommation, non le moment de l’achat des biens. Au moment de la consommation, l’«emplacement prépondérant» des biens est situé dans la réserve. Même si le texte législatif fait de la vente au détail une condition préalable à la taxation des biens achetés dans la province, on ne saurait raisonnablement conclure qu’une telle condition constitue la matière imposable.

Quoiqu’il en soit, étant donné que la signification et l’effet de certaines des dispositions clés de la Loi sont ambigus et que toute ambiguïté doit profiter aux contribuables indiens, l’art. 87 s’applique. L’assurance donnée par la jurisprudence que l’art. 87 a été conçu de manière à offrir aux Indiens inscrits un choix réel en matière fiscale quant à l’emplacement de leurs biens meubles ne devrait pas être battue en brèche.

Le «genre d’usage et de garde» du bien meuble qui gouverne le choix du traitement fiscal à appliquer sous le régime de l’art. 87 n’est pas nécessairement le *situs* du bien meuble au moment de son acquisition. Même si l’on doit attacher une certaine importance au *situs* du bien à ce moment-là, la question qui se pose en l’espèce n’est pas unidimensionnelle, et les circonstances de l’acquisition du bien doivent être analysées en fonction du «genre» d’usage et de garde et du contexte plus général des réalités de la vie dans une réserve du Nouveau-Brunswick. Le critère de l’«emplacement prépondérant» reflète une interprétation de l’al. 87(1)(b) fondée sur l’objet visé et confirme l’à-propos d’une exemption fiscale en l’espèce.

L’objet de l’art. 87 ne vise pas à permettre aux commerçants installés dans les réserves de faire concurrence à ceux qui font affaires à l’extérieur de celles-ci en offrant aux consommateurs, qu’ils résident dans les réserves ou non, des biens exempts de taxe. Pour ce qui est de financer l’autonomie gouvernementale des Indiens, le libellé actuel de l’art. 87 n’est pas immuable. L’exemption visée à l’art. 87 est prévue par une loi fédérale ordinaire et elle peut toujours être étendue ou redéfinie par le législateur fédéral. Aucun de ces objectifs ne sauraient donc valablement justifier sur le plan

Thus neither of these objectives offers a valid policy justification for interpreting the tax as exigible here.

Cases Cited

By McLachlin J.

Considered: *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; *Simpsons-Sears Ltd. v. Provincial Secretary (N.B.)*, [1978] 2 S.C.R. 869; **distinguished:** *Leighton v. British Columbia* (1989), 57 D.L.R. (4th) 657; *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; **referred to:** *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Leonard v. R. in Right of British Columbia* (1984), 52 B.C.L.R. 389; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *Brown v. The Queen in right of British Columbia* (1979), 107 D.L.R. (3d) 705; *Danes v. The Queen in right of British Columbia* (1985), 18 D.L.R. (4th) 253; *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Miawpukek Indian Band v. Newfoundland (Minister of Finance)* (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 164; *Brooks (J.E.) and Associates Ltd. v. Kingsclear Indian Band* (1991), 118 N.B.R. (2d) 290.

By Binnie J. (dissenting)

Williams v. Canada, [1992] 1 S.C.R. 877; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618; *Simpsons-Sears Ltd. v. Provincial Secretary (N.B.)*, [1978] 2 S.C.R. 869; *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934; *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Miawpukek Indian Band v. Newfoundland (Minister of Finance)* (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 164.

Statutes and Regulations Cited

Budget Implementation Act, 1997, S.C. 1997, c. 26.
Constitution Act, 1867, s. 92(2).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 87, 88, 89(1) [rep. & sub. c. 17 (4th Supp.), s. 12], (2).
Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10, ss. 1 “consumer”, “purchaser” [rep. & sub. S.N.B. 1983, c. 86, s. 1(b)], “retail sale” [*idem*,

des principes la conclusion que la taxe est exigible en l'espece.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts examinés: *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; *Simpsons-Sears Ltée c. Secrétaire provincial (N.-B.)*, [1978] 2 R.C.S. 869; **distinction faite d'avec les arrêts:** *Leighton c. British Columbia* (1989), 57 D.L.R. (4th) 657; *Attorney-General for British Columbia c. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; **arrêts mentionnés:** *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Leonard c. R. in Right of British Columbia* (1984), 52 B.C.L.R. 389; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *Brown c. The Queen in right of British Columbia* (1979), 107 D.L.R. (3d) 705; *Danes c. The Queen in right of British Columbia* (1985), 18 D.L.R. (4th) 253; *Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934; *Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Miawpukek Indian Band c. Newfoundland (Minister of Finance)* (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 164; *Brooks (J.E.) and Associates Ltd. c. Kingsclear Indian Band* (1991), 118 R.N.-B. (2^e) 290.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Williams c. Canada, [1992] 1 R.C.S. 877; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *Simpsons-Sears Ltée c. Secrétaire provincial (N.-B.)*, [1978] 2 R.C.S. 869; *Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934; *Attorney-General for British Columbia c. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Miawpukek Indian Band c. Newfoundland (Minister of Finance)* (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 164.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).
Loi d'exécution du budget de 1997, L.C. 1997, ch. 26.
Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B. 1973, ch. S-10, art. 1 «consommateur», «acheteur» [abr. & rempl. L.N.-B. 1983, ch. 86, art. 1b)], «vente au détail» [*idem*, art. 1c)], 4 [*idem*, art. 2; mod. 1985, ch. 68, art. 2a)], 5(1) [abr. & rempl.

s. 1(c)], 4 [*idem*, s. 2; am. 1985, c. 68, s. 2(a)], 5(1) [rep. & sub. 1979, c. 67, s. 2; am. 1983, c. 86, s. 3; am. 1993, c. 66, s. 1(a)], (2) [ad. 1993, c. 66, s. 1(b)], 8(1) [rep. & sub. 1979, c. 67, s. 3(a); am. 1983, c. 85, s. 1], 16 [rep. & sub. 1979, c. 67, s. 6].

Authors Cited

Bartlett, Richard H. *Indians and Taxation in Canada*, 3rd ed. Saskatoon: Native Law Centre, University of Saskatchewan, 1992.

Hogg, Peter W. and Mary Ellen Turpel. "Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 187. *Maritimes Tax Reporter* (loose-leaf). Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1993.

Reiter, Robert Alan. *Tax Manual for Canadian Indians*. Edmonton: First Nations Resource Council, 1990.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1996), 178 N.B.R. (2d) 1, 454 A.P.R. 1, 135 D.L.R. (4th) 193, [1997] 1 C.N.L.R. 213, [1996] N.B.J. No. 258 (QL), allowing an appeal from a judgment of Savoie J. (1994), 148 N.B.R. (2d) 351, 378 A.P.R. 351, 115 D.L.R. (4th) 292, 2 G.T.C. 7178, [1995] 1 C.N.L.R. 210, [1994] N.B.J. No. 212 (QL). Appeal allowed, Gonthier and Binnie JJ. dissenting.

Bruce Judah, Q.C., for the appellants.

P. John Landry and Lewis F. Harvey, for the respondents.

John R. Power, Q.C., and *Sandra Phillips*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Kenneth J. Tyler and Stewart J. Pierce, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Patrick G. Foy, Q.C., and *Hunter W. Gordon*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General for Alberta.

John Hurley, for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Estchee), the Cree

1979, ch. 67, art. 2; mod. 1983, ch. 86, art. 3; mod. 1993, ch. 66, art. 1a)], (2) [aj. 1993, ch. 66, art. 1b)], 8(1) [abr. & rempl. 1979, ch. 67, art. 3a); mod. 1983, ch. 85, art. 1], 16 [abr. & rempl. 1979, ch. 67, art. 6]. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 87, 88, 89(1) [abr. & rempl. ch. 17 (4^e suppl.), art. 12], (2).

Doctrine citée

Bartlett, Richard H. *Indians and Taxation in Canada*, 3rd ed. Saskatoon: Native Law Centre, University of Saskatchewan, 1992.

Hogg, Peter W. and Mary Ellen Turpel. «Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues» (1995), 74 *R. du B. can.* 187. *Maritimes Tax Reporter* (loose-leaf). Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1993.

Reiter, Robert Alan. *Tax Manual for Canadian Indians*. Edmonton: First Nations Resource Council, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1996), 178 R.N.-B. (2^e) 1, 454 A.P.R. 1, 135 D.L.R. (4th) 193, [1997] 1 C.N.L.R. 213, [1996] A.N.-B. n^o 258 (QL), qui a accueilli l'appel formé contre un jugement rendu par le juge Savoie (1994), 148 R.N.-B. (2^e) 351, 378 A.P.R. 351, 115 D.L.R. (4th) 292, 2 G.T.C. 7178, [1995] 1 C.N.L.R. 210, [1994] A.N.-B. n^o 212 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Gonthier et Binnie sont dissidents.

Bruce Judah, c.r., pour les appelants.

P. John Landry et Lewis F. Harvey, pour les intimés.

John R. Power, c.r., et *Sandra Phillips*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Kenneth J. Tyler et Stewart J. Pierce, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Patrick G. Foy, c.r., et *Hunter W. Gordon*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

John Hurley, pour les intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee), l'Administra-

Regional Authority, Matthew Coon Come, Violet Pachanos and Bill Namagoose.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

MCLACHLIN J. —

I. Introduction

¹ This case requires the Court to rule whether Indians living in New Brunswick were required to pay provincial sales tax on goods purchased off the reserve for consumption on the reserve.

² Prior to April 1, 1993, Indians in New Brunswick were generally exempt from paying provincial sales tax under the *Social Services and Education Tax Act*, R.S.N.B. 1973, c. S-10. The exemption was repealed in 1993 and the New Brunswick Sales Tax Commissioner issued sales tax notices that status Indians were only exempt from sales tax on goods and services purchased on or delivered by the vendor to reserve lands. The respondent Indians bring a test case challenging this. They argue that s. 87 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, which exempts Indians from taxation on “property . . . situated on a reserve”, prohibits taxation on off-reserve sales where the property is intended to be used on a reserve.

II. Judgments Below

³ At trial ((1994), 148 N.B.R. (2d) 351), Savoie J. concluded that s. 87 applies only to property actually situated on a reserve. The sales tax is charged and collected at the point of sale. At this point, the property is not on a reserve. It follows that the tax is not prohibited by s. 87 of the *Indian Act*.

⁴ The majority of the New Brunswick Court of Appeal ((1996), 178 N.B.R. (2d) 1), *per*

tion régionale crie, Matthew Coon Come, Violet Pachanos et Bill Namagoose.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, la Cour doit déterminer si des Indiens vivant au Nouveau-Brunswick devaient acquitter la taxe sur les ventes provinciale à l'égard de biens achetés à l'extérieur de la réserve aux fins de consommation à l'intérieur de celle-ci.

Avant le 1^{er} avril 1993, les Indiens du Nouveau-Brunswick étaient généralement exemptés de la taxe sur les ventes provinciale établie par la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation*, L.R.N.-B. 1973, ch. S-10. Cette exemption a été abrogée en 1993, et le commissaire de l'impôt provincial du Nouveau-Brunswick a émis des avis sur la taxe sur les ventes portant que l'exemption dont bénéficiaient les Indiens inscrits visait seulement les biens et services achetés dans une réserve ou livrés par le vendeur dans une réserve. Les Indiens intimés ont soumis aux tribunaux une cause-type pour contester ces avis. Ils allèguent que l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, qui exempte les Indiens de taxe à l'égard des «biens [. . .] situés sur une réserve», interdit l'imposition d'une taxe sur les ventes effectuées à l'extérieur d'une réserve lorsque le bien acheté doit être utilisé dans une réserve.

II. Les juridictions inférieures

En première instance ((1994), 148 R.N.-B. (2^e) 351), le juge Savoie a conclu que l'art. 87 ne s'applique qu'aux biens situés véritablement dans une réserve. La taxe sur les ventes est perçue au point de vente. Le bien ne se trouve pas alors dans une réserve. Il s'ensuit que la taxe n'est pas interdite par l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*.

À la majorité, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick ((1996), 178 R.N.-B. (2^e) 1) a rejeté,

Bastarache J.A. (as he then was) rejected Savoie J.'s conclusion that s. 87 applies only to property located on a reserve. It held that s. 87 confers on Indians the right to use or consume personal property on the reserve without taxation. Since most property consumed or used on-reserve in New Brunswick is purchased off-reserve, the right would be meaningless without the right to purchase goods off-reserve tax-free. Therefore, s. 87 must extend to purchases off the reserve. Hoyt C.J. (Turnbull J.A. concurring) dissented, holding that the only purpose of s. 87 was to protect Indians from being dispossessed of their on-reserve personal property by taxation.

III. Statutory Provisions

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5

87. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to s. 83, the following property is exempt from taxation, namely,

- (a) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and
- (b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

(2) No Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (1)(a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property.

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

pour les motifs exposés par le juge Bastarache (maintenant juge de notre Cour), la conclusion du juge Savoie selon laquelle l'art. 87 s'applique seulement aux biens situés dans une réserve. Elle a statué que l'art. 87 confère aux Indiens le droit d'utiliser ou de consommer des biens meubles dans une réserve sans être assujettis au paiement d'une taxe. Étant donné que la plupart des biens consommés ou utilisés dans les réserves au Nouveau-Brunswick sont achetés à l'extérieur des réserves, ce droit serait dénué de sens sans le droit d'acheter des biens en franchise fiscale à l'extérieur des réserves. Par conséquent, l'art. 87 doit aussi s'appliquer aux achats effectués à l'extérieur des réserves. Le juge en chef Hoyt était dissident (le juge Turnbull souscrivant à ses motifs) et il a conclu que l'art. 87 avait pour seul but de protéger les Indiens contre une taxation qui les dépouillerait de leurs biens meubles situés dans une réserve.

III. Dispositions législatives

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5

87. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation:

- a) le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées;
- b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

(2) Nul Indien ou bande n'est assujetti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage d'un bien mentionné aux alinéas (1)a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens.

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

89. (1) Subject to this Act, the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian or a band.

(2) A person who sells to a band or a member of a band a chattel under an agreement whereby the right of property or right of possession thereto remains wholly or in part in the seller may exercise his rights under the agreement notwithstanding that the chattel is situated on a reserve.

Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10

1...

“consumer” means a person who

(a) utilizes or intends to utilize within the Province goods for his own consumption, or for the consumption of any other person at his expense, or

(b) utilizes or intends to utilize within the Province goods on behalf of or as the agent for a principal, who desired or desires to so utilize such goods for consumption by the principal or by any other person at the expense of the principal;

“purchaser” means a consumer who acquires goods at a retail sale within the Province and includes also

(b) a person who purchases services;

“retail sale” means a sale to a consumer for the purpose of consumption and not for resale and includes a sale of services to a purchaser;

4 Every consumer of goods consumed within the Province and every purchaser of services purchased within the Province shall pay to the Minister for the raising of revenue for Provincial purposes a tax in respect of the

89. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande.

(2) Une personne, qui vend à une bande ou à un membre d'une bande un bien meuble en vertu d'une entente selon laquelle le droit de propriété ou le droit de possession demeure acquis en tout ou en partie au vendeur, peut exercer ses droits aux termes de l'entente, même si le bien meuble est situé sur une réserve.

Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B. 1973, ch. S-10

1...

«consommateur» désigne une personne

a) qui utilise ou se propose d'utiliser des marchandises pour sa propre consommation, ou pour la consommation de toute autre personne à ses propres frais dans la province, ou

b) qui utilise ou se propose d'utiliser des marchandises dans la province pour le compte d'un commettant ou à titre de représentant d'un commettant qui désirait ou désire ainsi utiliser ces marchandises aux fins de consommation par le commettant ou par toute autre personne aux frais de ce dernier;

«acheteur» désigne un consommateur qui achète des marchandises au cours d'une vente au détail dans la province et s'entend également

b) d'une personne qui achète des services;

«vente au détail» désigne une vente faite à un consommateur à des fins de consommation et non de revente et s'entend également de la vente de services;

4 Afin de créer un revenu pour des fins provinciales, tout consommateur de marchandises consommées dans la province et tout acheteur de services achetés dans la province doivent verser au Ministre une taxe sur la con-

consumption of such goods or purchase of such services, computed at the rate of eleven per cent of the fair value of such goods or services. . . .

5(1) In the case of a retail sale within the Province, the tax shall be payable by the purchaser at the time of purchase on the fair value of the goods or services.

5(2) Notwithstanding subsection (1), in the case of a retail sale within the Province of goods that are used or consumed within the Province and are used or consumed frequently or substantially outside the Province, the purchaser shall report the matter to the Commissioner in accordance with the regulations and shall pay the tax on such goods at such time and in such manner as the Commissioner requires.

8(1) Every person who consumes within the Province goods acquired by him for resale, or who consumes within the Province goods manufactured, processed, produced or purchased by him within or without the Province, shall for the purposes of this Act, be deemed to have purchased the goods at a retail sale in the Province on the day that he begins to consume the goods within the Province.

IV. Analysis

This appeal requires us to decide whether s. 87 of the *Indian Act* applies to tax levied under the former New Brunswick *Social Services and Education Tax Act*. The provisions of both statutes must be interpreted and analyzed to determine whether the s. 87(1)(b) exemption applies to the sales tax on the property in question: see *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877. In the event of ambiguity, the interpretation that most favours the Indians is to be preferred: see *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29.

A. *The Application of Section 87 of the Indian Act*

Section 87(1) of the *Indian Act* exempts certain property of Indians from taxation. This includes “the personal property of an Indian or a band situated on a reserve”: see s. 87(1)(b). Section 87(2) describes the types, or modalities, of taxation on the exempted property that are prohibited: taxation

sommaton de ces marchandises ou l’achat de ces services au taux d’onze pour cent de leur juste valeur . . .

5(1) Lorsqu’une vente au détail est effectuée dans la province, l’acheteur paye la taxe au moment de l’achat sur la juste valeur de ces marchandises ou services.

5(2) Nonobstant le paragraphe (1), lorsqu’une vente au détail de marchandises utilisées ou consommées dans la province et utilisées ou consommées fréquemment ou en grande partie à l’extérieur de la province, est effectuée dans la province, l’acheteur doit en viser le commissaire en conformité des règlements et paie la taxe sur ces marchandises au moment et de la manière fixés par le commissaire.

8(1) Toute personne qui consomme dans la province des marchandises qu’il (*sic*) a acquises en vue de la revente, ou qui y consomme des marchandises qu’il (*sic*) a fabriquées, transformées, produites ou achetées à l’intérieur ou à l’extérieur de la province, est, aux fins de la présente loi, réputée avoir acheté ces marchandises lors d’une vente au détail effectuée dans la province, le jour où il commence à consommer ces marchandises dans la province.

IV. Analyse

Dans le présent pourvoi la Cour doit décider si l’art. 87 de la *Loi sur les Indiens* vise la taxe imposée en vertu de l’ancienne *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation* du Nouveau-Brunswick. La Cour doit interpréter et analyser les dispositions des deux lois pour déterminer si l’exemption prévue à l’al. 87(1)(b) s’applique à la taxe sur les ventes frappant les biens en question: voir *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877. En cas d’ambiguïté, l’interprétation la plus favorable aux Indiens doit être retenue: voir *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29.

A. *Application de l’art. 87 de la Loi sur les Indiens*

Le paragraphe 87(1) de la *Loi sur les Indiens* exempte de taxation certains biens des Indiens, notamment «les biens meubles d’un Indien ou d’une bande situés sur une réserve»: voir al. 87(1)(b). Le paragraphe 87(2) énonce les types, ou les modalités, de taxation auxquels ne peuvent être

“in respect of the ownership, occupation, possession or use of” the property mentioned in s. 87(1).

8 The purpose of the s. 87 exemption was to “preserve the entitlements of Indians to their reserve lands and to ensure that the use of their property on their reserve lands was not eroded by the ability of governments to tax, or creditors to seize”. It “was not to confer a general economic benefit upon the Indians”: see *Williams, supra*, at p. 885.

9 In the past, s. 87(1)(b) has been confined to property physically situated on a reserve or property whose “paramount location” is on a reserve.

10 In *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, the Court, *per* Kellock J., stated at p. 631:

It is quite plain from this section that the actual situation of the personal property on a reserve is contemplated by s. 86 [now s. 87] and that any argument suggesting a notional situation is not within the intentment of that section.

11 In *Mitchell v. Pégus Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 132, La Forest J. approved and quoted the comments of Macfarlane J.A. in *Leonard v. R. in Right of British Columbia* (1984), 52 B.C.L.R. 389 (C.A.), at p. 395:

It is a reasonable interpretation of the section to say that a tax exemption on the *personal* property of an Indian will be confined to the place where the holder of such property is expected to have it, namely on the lands which an Indian occupies as an Indian, the reserve. [Emphasis in original.]

In response to the argument that Parliament intended the privileges of ss. 87 and 89 to protect all property, regardless of where that property is situated, La Forest J. continued at p. 144:

... such an interpretation takes one beyond the liberal and the generous and subverts the very character of the

soumis les biens exemptés: la taxation «concernant la propriété, l’occupation, la possession ou l’usage» des biens mentionnés au par. 87(1).

L’exemption prévue à l’art. 87 visait à «préservé les droits des Indiens sur leurs terres réservées et à assurer que la capacité des gouvernements d’imposer des taxes, ou celle des créanciers de saisir, ne porte pas atteinte à l’utilisation de leurs biens situés sur leurs terres réservées». Cette disposition «ne vis[e] pas à conférer un avantage économique général aux Indiens»: voir *Williams*, précité, à la p. 885.

Dans le passé, l’application de l’al. 87(1)(b) a été limitée aux biens physiquement situés dans une réserve ou dont l’«emplacement prépondérant» est dans une réserve.

Dans l’arrêt *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, notre Cour, par la voix du juge Kellock, a statué, à la p. 631:

[TRADUCTION] Il ressort clairement de cette disposition que l’art. 86 [maintenant l’art. 87] vise l’emplacement véritable du bien meuble dans la réserve et toute argumentation évoquant un emplacement fictif va à l’encontre de l’esprit de cet article.

Dans l’arrêt *Mitchell c. Bande indienne Pégus*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 132, le juge La Forest a approuvé en les citant les commentaires faits par le juge Macfarlane dans l’arrêt *Leonard c. R. in Right of British Columbia* (1984), 52 B.C.L.R. 389 (C.A.), à la p. 395:

[TRADUCTION] Il est raisonnable d’interpréter l’article en disant qu’une exemption de taxe sur un bien *personnel* d’un Indien sera restreinte à l’endroit où le possesseur de ce bien est censé l’avoir en sa possession, c’est-à-dire sur les terres qu’un Indien occupe en tant qu’Indien, la réserve. [En italique dans l’original.]

En réponse à l’argument selon lequel le législateur a voulu que les privilèges conférés par les art. 87 et 89 protègent tous les biens, sans égard à l’endroit où ils sont situés, le juge La Forest a poursuivi en ces termes, à la p. 144:

... cette interprétation nous mène au-delà de l’interprétation libérale et généreuse et modifie la nature même

commitments that the Crown has historically undertaken *vis-à-vis* the protection of native property.

Again, in *Williams, supra*, the Court, *per* Gonthier J. confirmed the approach in *Mitchell* in determining whether the *situs* of unemployment insurance benefits was on or off the reserve for the purposes of taxation. As the benefits, intangible personal property, were effectively on the reserve at the time of taxation, they were exempt from taxation pursuant to s. 87.

In *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, at p. 959, this Court, *per* Iacobucci J., held that the phrase “on the reserve” in s. 81(1)(o) of the *Indian Act* should be given its ordinary and common sense meaning, namely “within the reserve”, “inside the reserve”, or “located upon or within the boundaries of the reserve”. The Court had earlier stated at p. 955 that the phrase should be given the same construction wherever it is used throughout the *Indian Act*. The phrase “situated on a reserve” should be interpreted in the same way. The addition of the word “situated” does not significantly alter the meaning of the phrase in the circumstances of this case: see also *Brown v. The Queen in right of British Columbia* (1979), 107 D.L.R. (3d) 705 (B.C.C.A.), at p. 713, and *Danes v. The Queen in right of British Columbia* (1985), 18 D.L.R. (4th) 253 (B.C.C.A.), at p. 257.

The only qualification the case law admits to the rule that s. 87 catches only property physically located on a reserve is the rule that where property which was on a reserve moves off the reserve temporarily, the court will ask whether its “paramount location” is on the reserve. If it is, s. 87 will apply to prevent taxes being levied on property while it is off the reserve: see *Leighton v. British Columbia* (1989), 57 D.L.R. (4th) 657 (B.C.C.A.).

des engagements historiques pris par la Couronne à l'égard de la protection des biens des autochtones.

Dans l'arrêt *Williams*, précité, la Cour a confirmé à nouveau, pour les motifs exposés par le juge Gonthier, la méthode adoptée dans l'arrêt *Mitchell*, alors qu'elle devait déterminer si le *situs* de la réception de prestations d'assurance-chômage se trouvait à l'intérieur ou à l'extérieur d'une réserve aux fins de la taxation. Étant donné que les prestations, qui sont des biens meubles incorporels, étaient de fait dans la réserve au moment de la taxation, elles étaient exemptes d'impôt en vertu de l'art. 87.

Dans l'arrêt *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, à la p. 959, la Cour a jugé, pour les motifs exposés par le juge Iacobucci, que l'expression «on the reserve» employée à l'al. 81(1)o de la *Loi sur les Indiens* devait recevoir son sens ordinaire et naturel, soit «à l'intérieur de la réserve», «dans la réserve» ou «se trouvant dans la réserve ou à l'intérieur des limites de celle-ci». La Cour avait précisé, à la p. 955, que l'expression devait être interprétée de la même façon partout où elle était utilisée dans *Loi sur les indiens*. L'expression «situés sur une réserve» devrait être interprétée de la même manière. L'adjonction du mot «situés» ne modifie pas de façon significative le sens de l'expression dans les circonstances de l'espèce: voir également *Brown c. The Queen in right of British Columbia* (1979), 107 D.L.R. (3d) 705 (C.A.C.-B.), à la p. 713, et *Danes c. The Queen in right of British Columbia* (1985), 18 D.L.R. (4th) 253 (C.A.C.-B.), à la p. 257.

Le seul tempérament apporté par la jurisprudence à la règle voulant que l'art. 87 vise uniquement les biens se trouvant physiquement dans une réserve est que lorsqu'un bien qui était dans une réserve est placé temporairement à l'extérieur de celle-ci, la cour se demande si son «emplacement prépondérant» est dans la réserve. Dans l'affirmative, l'art. 87 s'applique et exempte le bien de taxation pendant qu'il se trouve à l'extérieur de la réserve: voir *Leighton c. British Columbia* (1989), 57 D.L.R. (4th) 657 (C.A.C.-B.).

12

13

14

15 These authorities suggest that s. 87 applies only to property physically located on a reserve at the time of taxation or property whose paramount location is on a reserve at the time of taxation. This comports with the purpose of s. 87 to protect the property of Indians on reserves and prevent that property from being eroded: see *Williams, supra*. In determining the applicability of s. 87, one must consider whether the property is located or has its paramount location on a reserve at the time and place that the tax would otherwise attach. In the context of retail sales taxes, this can be called the "point of sale" test.

16 The remaining question, therefore, is whether the sales tax here at issue is levied on property while it is situated, or has its paramount location on a reserve. The property described in the stated case consists of items for personal use and consumption like clothing and toiletries, purchased by Indians off the reserve for use on the reserve. The *Social Services and Education Tax Act* levies the tax on these items at the time of the off-reserve sale. At the point of sale, the property is not, and has never been located on a reserve. This, without more, suggests that the tax is not levied on goods situated on a reserve or whose paramount location is on a reserve. This would accord with the general view expressed by Richard H. Bartlett, *Indians and Taxation in Canada* (3rd ed. 1992), at p. 92:

The reasoning employed by the Supreme Court of Canada [in *Francis*] appears applicable to the imposition of sales tax at the point of sale off a reserve. In the vast majority of sales transactions involving Indian purchases in Canada the sales take place off the reserve, and according to *Francis* are not subject to the exemption conferred by section 87.

17 This, however, does not conclude the matter. The respondents raise a number of arguments in support of their position that s. 87 applies to the

Cette jurisprudence donne à penser que l'art. 87 s'applique seulement aux biens se trouvant physiquement dans une réserve au moment de la taxation ou aux biens dont l'emplacement prépondérant est dans une réserve au moment de la taxation. Cela s'accorde avec l'objet de l'art. 87, qui est de préserver les biens des Indiens dans les réserves et d'empêcher qu'il n'y soit porté atteinte: voir *Williams*, précité. Pour déterminer si l'art. 87 s'applique, il faut se demander si le bien ou son emplacement prépondérant est situé dans une réserve au moment et à l'endroit où la taxe devrait normalement s'appliquer. Dans le contexte de la taxe sur les ventes au détail, c'est ce qu'on peut appeler le critère du «point de vente».

Par conséquent, la question qui reste est de savoir si la taxe sur les ventes en cause ici frappe des biens qui sont situés dans une réserve ou dont l'emplacement prépondérant est situé dans une réserve. Les biens décrits dans l'exposé de cause sont des articles d'utilisation et de consommation personnelles, par exemple des vêtements et des articles de toilette, qui ont été achetés par des Indiens à l'extérieur de la réserve aux fins d'utilisation dans la réserve. La *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation* assujettit ces articles à la taxe au moment de la vente à l'extérieur de la réserve. Au point de vente, le bien n'est pas, et n'a jamais été, dans une réserve. Cela suffit pour donner à penser que la taxe n'est pas imposée sur des biens situés dans une réserve ou dont l'emplacement prépondérant est situé dans une réserve. Cela irait dans le sens de l'opinion exprimée par Richard H. Bartlett dans son ouvrage intitulé *Indians and Taxation in Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 92:

[TRADUCTION] Le raisonnement suivi par la Cour suprême du Canada [dans *Francis*] paraît applicable à l'imposition d'une taxe sur les ventes à un point de vente situé à l'extérieur d'une réserve. La vaste majorité des opérations de vente dans lesquelles interviennent à titre d'acheteurs des Indiens au Canada sont effectuées à l'extérieur des réserves et, selon *Francis*, ne sont pas visées par l'exemption prévue à l'art. 87.

Toutefois, cela ne vide pas la question. Les intimés soulèvent un certain nombre d'arguments au soutien de leur position selon laquelle l'art. 87

tax at issue in this case: (1) that the tax is not a sales tax but a consumption tax collected at the time of purchase but levied in respect of the on-reserve consumption of personal property by Indians; (2) that property purchased for use on-reserve has its paramount location on a reserve; and (3) that s. 87 must be applied to off-reserve purchases by Indians in New Brunswick in order to fulfill its purpose. I will address each of these arguments in turn.

B. *The Consumption Tax Argument*

The respondents argue that the sales tax is a consumption tax collected out of convenience at the time of purchase but levied in respect of the consumption or use of property which occurs on the reserve.

To this, we must look at the language used by the Legislature, the history and purpose of the *Social Services and Education Tax Act* and the case law. As stated earlier, if ambiguity exists, it must be resolved in favour of the Indians. In this case, this process leads to but one conclusion: when imposed on a retail sale, the tax is a sales tax, not a tax on consumption.

The tax at issue is one in a long series of taxing statutes adopted to tax sales in New Brunswick. It conforms generally to a pattern of sales taxes found all across Canada. The pattern combines provisions imposing tax on “sale[s]” with wording suggesting that the tax is paid by “consumer[s]” of the goods taxed. Despite their references to “consumer[s]” and “consumption”, these taxes have long and uniformly been held by the courts to be, in essence, sales taxes, not consumption taxes. Indeed, this Court has ruled that the predecessor of the very statute here at issue, using a similar combination of provisions regarding sale and consumption, was a sales tax and not a tax on consumption: see *Simpsons-Sears Ltd. v. Provincial*

s’applique à la taxe en cause: (1) la taxe n’est pas une taxe sur les ventes, c’est une taxe à la consommation, perçue au moment de l’achat mais frappant la consommation de biens meubles par des Indiens dans la réserve; (2) un bien acheté aux fins d’utilisation dans la réserve a son emplacement prépondérant dans la réserve; (3) pour que l’objet de l’art. 87 soit réalisé, il doit s’appliquer aux achats effectués par des Indiens à l’extérieur d’une réserve au Nouveau-Brunswick. J’examinerai chacun de ces arguments à tour de rôle.

B. *L’argument relatif à la taxe à la consommation*

Les intimés soutiennent que la taxe sur les ventes est une taxe à la consommation, dont la perception a lieu, pour des raisons de commodité, au moment de l’achat, mais qui frappe la consommation ou l’utilisation des biens, laquelle a lieu dans la réserve.

Cet argument nécessite que nous nous penchions sur les termes employés par le législateur, sur l’historique et l’objet de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation* de même que sur la jurisprudence. Comme je l’ai dit précédemment, toute ambiguïté doit être résolue en faveur des Indiens. En l’espèce, ce processus débouche sur une seule conclusion: la taxe qui frappe les ventes au détail est une taxe sur les ventes, et non une taxe à la consommation.

La taxe en cause fait partie d’une longue série de lois fiscales adoptées en vue de taxer les ventes au Nouveau-Brunswick. De façon générale, elle est établie sur le même modèle que les autres taxes sur les ventes imposées partout au Canada. Ce modèle combine des dispositions taxant les «vente[s]» avec des prescriptions énonçant que la taxe est payée par le «consommateur» des biens taxés. En dépit du renvoi au «consommateur» et à la «consommation», il est de jurisprudence constante que ces taxes sont essentiellement des taxes sur les ventes, et non des taxes à la consommation. En fait, notre Cour a statué que la loi qui a précédé celle qui est en cause ici, dans laquelle le législateur avait recours à une combinaison semblable de dispositions ayant trait à la vente et à la consommation, était une taxe sur les ventes et non une

18

19

20

Secretary (N.B.), [1978] 2 S.C.R. 869, *per* Ritchie J.

taxe à la consommation: voir *Simpsons-Sears Ltée c. Secrétaire provincial (N.-B.)*, [1978] 2 R.C.S. 869, les motifs du juge Ritchie.

21 The peculiar wording of modern Canadian sales tax statutes stems from the constitutional prohibition on indirect taxation by the provinces. The provinces are limited to direct taxes — taxes whose incidence falls primarily on the person who pays them. They cannot impose taxes which may be passed on to another person: see *Constitution Act, 1867*, s. 92(2).

Le libellé particulier de la législation fiscale canadienne moderne en matière de taxe sur les ventes est attribuable à l'interdiction constitutionnelle faite aux provinces de recourir à la taxation indirecte. Ces dernières ne disposent que de la taxation directe — des taxes dont l'incidence fiscale s'exerce principalement sur la personne qui les acquitte. Elles ne peuvent pas imposer des taxes susceptibles d'être reportées sur autrui: voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(2).

22 A tax imposed on sales *simpliciter* runs afoul of this rule, since the purchaser may resell the goods to another and pass the tax along in the resale price. Early sales taxes were struck down on this basis: see *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934 (P.C.). In response to *Canadian Pacific*, British Columbia passed a true consumption tax, which was upheld in *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45 (P.C.). However, as consumption taxes proved difficult to compute and collect, the provinces eventually came up with a new scheme — a sales tax which avoided the problem of indirect taxation by identifying the person liable to pay the tax as the consumer, or ultimate user of the property: see Laskin C.J. in *Simpsons-Sears*, *supra*, at p. 872. This sort of tax was upheld as direct in *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550 (P.C.).

Une taxe imposée sur la vente en soi contrevient à cette règle, étant donné que l'acheteur peut revendre le bien à quelqu'un d'autre et rejeter sur lui la taxe en l'incluant dans le prix de la revente. Les premières taxes sur les ventes ont été annulées pour cette raison: voir *Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934 (C.P.). En réaction à l'arrêt *Canadian Pacific*, la Colombie-Britannique a adopté une véritable taxe à la consommation, dont la validité a été confirmée dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia c. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45 (C.P.). Cependant, comme les taxes à la consommation se sont révélées difficiles à calculer et à percevoir, les provinces ont finalement eu recours à un nouveau procédé — la taxe sur les ventes est mise à la charge du consommateur ou de l'utilisateur final du bien ce qui permet de contourner le problème de la taxation indirecte: voir les motifs du juge en chef Laskin dans *Simpsons-Sears*, précité, à la p. 872. Cette sorte de taxe a été confirmée, étant jugée directe dans l'arrêt *Atlantic Smoke Shops, Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550 (C.P.).

23 The new tax raised a fundamental question — the very question before us on this appeal. What was the new tax? Was it a tax on consumption? Or was it a sales tax? The Privy Council in *Atlantic Smoke Shops*, *per* Viscount Simon, upheld the tax on the basis that sales taxes could be direct

La nouvelle taxe soulevait une question fondamentale — celle dont nous sommes saisis dans le présent pourvoi. Quelle était la nature de la nouvelle taxe? S'agissait-il d'une taxe à la consommation? Ou s'agissait-il d'une taxe sur les ventes? Le Conseil privé, pour les motifs exposés par le vicomte Simon dans l'arrêt *Atlantic Smoke Shops*, a confirmé la taxe parce que les taxes sur les ventes pouvaient être directes (à la p. 564). En

(at p. 564). Implicit in this reasoning is acceptance that the tax was a sales tax.

The next case to consider the problem was *Simpsons-Sears*, *supra*, involving the New Brunswick statute at issue on this appeal. At that time, the statute also combined the language of sales tax with the language of consumer and consumption. Section 4, the charging section, imposed a tax on the consumer: "Every consumer of goods consumed in the Province shall pay to the Minister for the raising of a revenue for Provincial purposes, a tax in respect of the consumption of such goods. . . ." Section 5 went on to provide that the tax was payable at the time of purchase. Like the present statute, the act also defined "consumption" and "consumer" and made provisions for variation of the tax where, for example, goods were purchased for consumption outside the province. In describing the nature of the tax imposed by the act, Ritchie J., for the majority, stated, at p. 888: "I have referred to the last cited sections . . . to show that the original concept of a sales tax payable by the consumer purchaser is maintained in the present statute. . . ." To the argument that the tax was a tax on consumption, Ritchie J. pointed out, at p. 887, that "the 'consumption' . . . referred to is to be construed as meaning a *consumption after sale*. . ." (emphasis in original) and found that "[f]or these purposes 'a sale' is an essential component of the taxable consumption. . ." In short, the tax was held to retain its character as a sales tax, despite its references to consumption. It followed that the use or "consumption" of catalogues without a sale was not taxable.

This Court's most recent pronouncement on the character of a tax on sales for consumers came in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161. At issue was the validity of a provincial tax imposed under the *Gasoline Tax Act*, s. 25 (quoted at p. 1175), on "any person who, within the Province, . . . purchased or received delivery of gasoline for his own use or consumption. . . ." In

tenant ce raisonnement, il acceptait implicitement que la taxe était une taxe sur les ventes.

Le problème a ensuite été examiné dans l'arrêt *Simpsons-Sears*, précité, qui portait sur la loi du Nouveau-Brunswick en cause dans le présent pourvoi. À cette époque, la Loi employait une terminologie propre à la taxe sur les ventes tout en parlant de consommateur et de consommation. L'article 4, l'article taxateur, imposait une taxe au consommateur: «Afin de créer un revenu pour des fins provinciales, tout consommateur de marchandises consommées dans la province doit verser au Ministre une taxe sur la consommation de ces marchandises . . . » L'article 5 précisait que la taxe était payable au moment de l'achat. Comme la loi en cause ici, la loi définissait aussi les mots «consommation» et «consommateur» et prévoyait une modification du taux de taxation lorsque, par exemple, les biens étaient achetés aux fins de consommation à l'extérieur de la province. Décrivant la nature de la taxe établie par la loi, le juge Ritchie, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a affirmé à la p. 888: «J'ai cité les articles ci-dessus dans le [. . .] but de montrer que le concept initial de taxe de vente payable par le consommateur-acheteur se retrouve dans la loi actuelle . . . » Pour répondre à l'argument voulant que la taxe soit une taxe à la consommation, le juge Ritchie a fait remarquer, à la p. 887, qu'«on doit interpréter la "consommation" comme *une consommation après vente* . . . » (en italique dans l'original) et il a conclu qu'à «cette fin, "une vente" est un élément essentiel de la consommation taxable . . . » Bref, il a été décidé que la taxe conservait son caractère de taxe sur les ventes même si le texte faisait référence à la consommation. Il s'ensuivait que l'utilisation ou la «consommation» de catalogues n'était pas taxable en l'absence d'une vente.

Notre Cour s'est prononcée pour la dernière fois sur le caractère d'une taxe sur les ventes supportée par les consommateurs, dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161. Le litige portait sur la validité d'une taxe provinciale établie sous le régime de la *Gasoline Tax Act*, art. 25 (cité à la p. 1175), laquelle était mise à la charge de [TRADUCTION] «toute personne qui, dans

response to the argument that the tax was a consumption tax, La Forest J. stated, at p. 1187, that “[t]he Act clearly does not impose a consumption tax. The references in the definition to consumption or use merely define the taxpayer, i.e., a purchaser who buys gasoline for his own use.”

26 These cases have settled the law: provincial sales taxes, when they are levied on retail sales, are just that — sales taxes — notwithstanding their references to “consumer[s]” and “consumption” to avoid the charge of indirect taxation. In *Miawpukek Indian Band v. Newfoundland (Minister of Finance)* (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 164 (Nfld. S.C.T.D.), at p. 170, Roberts J. stated, in dealing with a similar provision in Newfoundland’s *Retail Sales Tax Act*, R.S.N. 1990, c. R-15:

That the tax provided for by the said s. 3 is “in respect of the consumption or use of that property”, in my opinion, changes nothing. These words are intended to identify the tax as a direct tax on the consumer, not one to be passed on, and thus within the jurisdiction of the province to impose. The important point for the purpose of the present analysis is that the tax is levied “at the time of sale”.

See also the *Maritimes Tax Reporter* (1993 (loose-leaf)), at ¶ 60-004:

In New Brunswick sales tax is imposed on the purchase of goods and services at fair value within the province.

Sales tax is designed to be one of single incidence upon the ultimate consumer or user of taxable property in New Brunswick.

27 The language of the statutory provisions at issue does not negate this view. It is the same sort of language that has been repeatedly held to impose a sales tax, not a consumption tax. Section 4 imposes a tax on “[e]very consumer of goods consumed within the Province” a tax “in respect of” consumption. “Consumer” is defined by the *Social Services and Education Tax Act* as a person who

les limites de la province, [. . .] a acheté ou a reçu de l’essence destinée à sa consommation ou à son usage personnels . . .» En réponse à l’argument voulant que la taxe fût une taxe à la consommation, le juge La Forest a affirmé, à la p. 1187, que «[l]a loi n’impose manifestement pas une taxe à la consommation. Si la définition parle de consommation ou d’usage, c’est simplement pour définir le contribuable, c.-à-d. un acheteur qui se procure de l’essence pour son propre usage.»

Ces précédents ont fixé le droit: les taxes sur les ventes provinciales qui frappent les ventes au détail sont précisément des taxes sur les ventes, malgré les renvois aux «consommateur[s]» et à la «consommation» faits afin d’éviter la qualification de taxe indirecte. Dans *Miawpukek Indian Band c. Newfoundland (Minister of Finance)* (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 164, (C.S. 1^{re} inst. T.-N.) le juge Roberts a affirmé, à la p. 170, au sujet d’une disposition semblable de la *Retail Sales Tax Act*, R.S.N. 1990, ch. R-15, de Terre-Neuve:

[TRADUCTION] À mon avis, le fait que la taxe prévue par ledit art. 3 soit une taxe «sur la consommation ou l’utilisation de ce bien» ne change rien. Ces mots visent à faire de cette taxe une taxe directement supportée par le consommateur, et non une taxe répercutée sur quelqu’un d’autre, et donc une taxe que la province a la compétence d’imposer. Le point important, aux fins de la présente analyse, c’est que la taxe est imposée «au moment de la vente».

Voir aussi *Maritimes Tax Reporter* (1993 (feuilles mobiles)), au ¶ 60-004:

[TRADUCTION] Au Nouveau-Brunswick, la taxe sur les ventes frappe l’achat de biens et de services à leur juste valeur marchande à l’intérieur de la province.

La taxe sur les ventes est conçue de manière à n’avoir d’incidence que sur le consommateur ou l’utilisateur final du bien au Nouveau-Brunswick.

Le texte des dispositions législatives en cause ici ne contredit pas cette façon de voir. C’est le même genre de libellé qui a maintes fois été reconnu comme établissant une taxe sur les ventes et non une taxe à la consommation. Aux termes de l’art. 4, «tout consommateur de marchandises consommées dans la province», doit verser une taxe «sur» la consommation. Le mot «consommateur»

“utilizes or intends to utilize within the Province goods for his own consumption, or for the consumption of any other person at his expense. . . .” Section 5, on the other hand, imposes a tax on sale, providing that “[i]n the case of a retail sale within the Province, the tax shall be payable by the purchaser at the time of purchase on the fair value of the goods or services.” Section 1 defines “retail sale”, in part, as “a sale to a consumer for the purposes of consumption. . . .” “Sale”, in turn, is defined as including “exchange, barter . . . and any other contract whereby for a consideration a person delivers goods or services to another”. Finally, “purchaser” is defined as “a consumer who acquires goods at a retail sale within the Province. . . .”

These sections, apart from minor changes in wording, mirror the sections found in the statute’s predecessor, which this Court ruled in *Simpsons-Sears* did not impose a tax on consumption. To borrow the language of La Forest J. in *Air Canada*, the references to “consumption” merely define the taxpayer for the purpose of ensuring that the person taxed cannot pass the tax on to another, thereby making the tax indirect and unconstitutional.

Section 4 does not operate in isolation. Rather, it operates in tandem with s. 5 and is given meaning by the definitions in s. 1. When read together in light of the definitions, it is evident that these sections impose a direct retail sales tax that fixes on the transaction of sale and is calculated on the fair value of the goods. In the case of a retail sale, the act of purchase, not the act of consumption, triggers liability for the sales tax. For the purposes of these sections of the *Social Services and Education Tax Act*, it is largely irrelevant how, why, where, when, and by whom they are consumed once they have been purchased at a retail sale within the province. If there is a sale but no consumption, the

est défini par la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation* comme une personne qui «utilise ou se propose d’utiliser des marchandises pour sa propre consommation, ou pour la consommation de toute autre personne à ses propres frais dans la province . . .» L’article 5, par contre, établit une taxe sur les ventes, en disposant que «[l]orsqu’une vente au détail est effectuée dans la province, l’acheteur paye la taxe au moment de l’achat sur la juste valeur de ces marchandises ou services.» L’article premier définit la «vente au détail» en partie comme «une vente faite à un consommateur à des fins de consommation . . .» Quant à la «vente», selon la définition donnée, elle comprend «l’échange, le troc [. . .] et tout autre contrat en vertu duquel une personne délivre des marchandises ou services à une autre personne moyennant contrepartie». Finalement, l’«acheteur» s’entend du «consommateur qui achète des marchandises au cours d’une vente au détail dans la province . . .»

Sauf quelques modifications mineures, ces dispositions reprennent celles de l’ancienne loi, au sujet de laquelle notre Cour a statué dans l’arrêt *Simpsons-Sears* qu’elle n’imposait pas une taxe à la consommation. Reprenant les termes utilisés par le juge La Forest dans *Air Canada*, je dirais que les références à la «consommation» définissent simplement le contribuable et visent ainsi à garantir que la personne assujettie à la taxe ne puisse pas la reporter sur une autre personne, ce qui aurait pour effet de rendre la taxe indirecte et inconstitutionnelle.

L’article 4 ne s’applique pas de manière isolée. Il s’applique plutôt conjointement avec l’art. 5 et les définitions de l’article premier lui donnent tout son sens. Lorsque ces articles sont interprétés ensemble à la lumière des définitions, il est évident qu’ils imposent une taxe sur les ventes directe qui frappe l’opération de vente et est calculée sur la juste valeur du bien. Dans le cas d’une vente au détail, l’achat et non la consommation fait naître l’obligation de payer de la taxe sur les ventes. Pour l’application de ces dispositions de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation*, la question de savoir comment, pourquoi, où, quand et par qui est consommé le bien acheté à l’issue

sales tax is still payable. If the sales tax were a true consumption tax, each use of taxable goods by the ultimate consumer would attract tax liability.

d'une vente au détail effectuée dans la province n'a pas grande pertinence. Si la vente n'est pas suivie de la consommation, la taxe sur les ventes reste payable. Si la taxe sur les ventes était véritablement une taxe à la consommation, chaque utilisation des biens taxables par le consommateur final ferait naître l'obligation fiscale.

30

Certain provisions in the *Social Services and Education Tax Act* impose a tax on consumption. For example, s. 8(1) stipulates that “[e]very person who consumes within the Province goods acquired . . . for resale, or . . . goods manufactured, processed, produced or purchased by him . . . [is] deemed to have purchased the goods at a retail sale” and, as such, is liable to pay the tax. Under s. 8(1), the use or consumption of the goods triggers tax liability. However, the fact that the Act taxes consumption in certain specific circumstances does not determine the overall scheme of the Act or influence the nature of the tax imposed by ss. 4 and 5. Indeed, it is implicit in s. 8(1) that the consumption of goods in such circumstances would, absent express statutory provision to the contrary, not attract the sales tax. In the present case, the Court is concerned with the tax levied on goods purchased at a retail sale. In these circumstances, ss. 4 and 5 impose tax liability on the transaction of sale. Section 8(1) and any others that impose a tax on consumption are not at issue.

Certaines dispositions de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation* établissent une taxe à la consommation. Par exemple, aux termes du par. 8(1), [t]oute personne qui consomme dans la province des marchandises [. . .] acquises en vue de la revente, ou [. . .] des marchandises qu'il (*sic*) a fabriquées, transformées, produites ou achetées [. . .] est [. . .] réputée avoir acheté ces marchandises lors d'une vente au détail» et doit, à ce titre, payer la taxe. Sous le régime du par. 8(1), l'utilisation ou la consommation des biens donne naissance à l'obligation fiscale. Cependant, le fait que la Loi taxe la consommation dans certaines circonstances précises ne détermine pas l'économie générale de la Loi et n'influe pas sur la nature de la taxe établie par les art. 4 et 5. En réalité, il ressort implicitement du par. 8(1) qu'en l'absence de dispositions législatives prévoyant expressément le contraire, la consommation dans ces circonstances ne serait pas soumise à la taxe sur les ventes. En l'espèce, la Cour est saisie d'une taxe prélevée sur les biens achetés à l'issue d'une vente au détail. Dans ces circonstances, les art. 4 et 5 taxent l'opération de vente. Le paragraphe 8(1) et toute autre disposition instaurant une taxe à la consommation ne font pas l'objet du litige.

31

The sales tax here may be contrasted with the pure consumption tax at issue in *Kingcome Navigation, supra*. It may also be contrasted with the consumption or “use” tax provisions at issue in *Leighton, supra*, where the provincial government sought to tax the off-reserve use of goods that had been purchased tax-free on the reserve. The *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, was amended to impose a tax on “tangible personal property . . . purchased by an Indian or a band” that is otherwise exempt under s. 87 of the *Indian Act*, when “that tangible personal property is, while owned by that Indian or band, used at a

La taxe sur les ventes en l'espèce peut être mise en opposition avec la vraie taxe à la consommation en cause dans *Kingcome Navigation*, précité. Elle peut aussi être mise en opposition avec les dispositions relatives à la taxe à la consommation ou à l'«utilisation» en cause dans *Leighton*, précité, où le gouvernement provincial a cherché à taxer l'utilisation à l'extérieur de la réserve de biens qui avaient été achetés en franchise fiscale dans une réserve. La *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 388, a été modifiée pour taxer [TRADUCTION] «les biens meubles corporels [. . .] achetés par un Indien ou une bande» exemptés par ailleurs en

place where the exemption would not have applied. . . .” (pp. 659-60). The use of the property attracted the tax rather than the purchase of the property for use or consumption. The British Columbia Court of Appeal, *per* Lambert J.A., struck down the tax on the ground that it taxed property that had its paramount location on the reserve.

I conclude that the law is clear: statutory provisions like the ones here at issue impose a sales tax, not a consumption tax. The law has long been settled and there is no ambiguity. In the present case, the tax is imposed at the time of sale on property off the reserve.

C. The “Paramount Location” Argument

The respondents submit that tangible personal property which is intended to be consumed primarily on the reserve is “situated on a reserve” for the purposes of s. 87. In doing so, they seek to extend the “paramount location” doctrine to property which has never been on a reserve.

As discussed earlier, the “paramount location” test has been used to protect Indian property normally situated on the reserve from being taxed or seized while off-reserve. In *Leighton, supra*, the B.C. Court of Appeal, *per* Lambert J.A., held that neither a motor vehicle nor its Indian owner could be taxed with respect to the use of a vehicle off the reserve if the paramount location of the property remained on the reserve. Similarly, the New Brunswick Court of Appeal, *per* Stratton C.J., in *Brooks (J.E.) and Associates Ltd. v. Kingsclear Indian Band* (1991), 118 N.B.R. (2d) 290, held that a school bus which had been used for years to transport children from the reserve to an off-reserve school could not be seized by creditors while off-reserve pursuant to s. 89(1) of the *Indian*

application de l’art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, lorsque [TRADUCTION] «ces biens meubles corporels, étant la propriété d’un Indien ou d’une bande, sont utilisés à un endroit où l’exemption ne se serait pas appliquée . . .» (pp. 659 et 660). La taxe frappait l’utilisation du bien plutôt que son achat aux fins d’utilisation ou de consommation. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique, pour les motifs exposés par le juge Lambert, a annulé la taxe parce qu’elle grevait un bien dont l’emplacement prépondérant était dans la réserve.

Je conclus que le droit est clair: les dispositions législatives comme celles qui sont en cause imposent une taxe sur les ventes et non une taxe à la consommation. Le droit, sur ce point, est depuis longtemps établi, et il n’y a aucune ambiguïté. En l’espèce, la taxe est imposée au moment de la vente sur des biens à l’extérieur de la réserve.

C. L’argument relatif à l’«emplacement prépondérant»

Les intimés font valoir que les biens meubles corporels que l’on entend consommer principalement dans la réserve sont «situés sur une réserve» aux fins de l’art. 87. Ce faisant, ils cherchent à étendre l’application de la doctrine de l’«emplacement prépondérant» à des biens qui n’ont jamais été dans une réserve.

Comme je l’ai mentionné précédemment, le critère de l’«emplacement prépondérant» a été utilisé pour soustraire à la taxation ou à la saisie les biens des Indiens normalement situés dans une réserve qui se trouvent à l’extérieur de la réserve. Dans *Leighton*, précité, le juge Lambert, au nom de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, a statué que ni un véhicule automobile ni l’Indien qui en est propriétaire ne sont assujettis à la taxe quant à l’utilisation du véhicule à l’extérieur de la réserve si l’emplacement prépondérant du bien continue d’être situé dans la réserve. De façon similaire, le juge en chef Stratton de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, dans *Brooks (J.E.) and Associates Ltd. c. Kingsclear Indian Band* (1991), 118 R.N.-B. (2^e) 290, a conclu qu’un autobus scolaire qui était utilisé depuis des années pour transporter les enfants de la réserve à une école située à l’exté-

32

33

34

Act because its paramount location was on the reserve.

35 The concept of “paramount location” finds no application to sales taxes on tangible goods. Sales taxes attach at the moment of sale. At this point, the property has but one location — the place of sale. It cannot have its paramount location elsewhere because no pattern of use and safekeeping elsewhere is established. The location of property after the sale and the imposition of tax is irrelevant. This means that goods purchased off-reserve attract tax, while goods purchased on-reserve are exempt, regardless of where the purchaser may intend to use them. To make taxation dependent on place of anticipated use of the article purchased would render the administration of the tax uncertain and unworkable. As Macfarlane J.A. put it in *Danes, supra*, at p. 259:

An exemption must apply at the moment of purchase. To do so it must be certain. It must not depend upon the consideration of factors such as the extent to which the property may be used on or off the reserve.

36 In these circumstances, where the location of the property at the time of taxation is readily apparent, there is simply no need to apply the “paramount location” test and I conclude that it does not assist the respondents.

D. The “Purpose of Section 87” Argument

37 The respondents argue that s. 87 is intended to protect Indians from taxation in respect of their use of property on-reserve. Where Indians are obliged to purchase most of their goods off-reserve, as most are in New Brunswick, this protection is eroded. Therefore, they submit that s. 87 should be read as applying to sales tax levied off-reserve on goods purchased by Indians for use on the reserve.

rieur de la réserve ne pouvait pas, en vertu du par. 89(1) de la *Loi sur les Indiens*, être saisi par des créanciers lorsqu’il se trouvait à l’extérieur de la réserve, parce que son emplacement prépondérant était situé dans la réserve.

Le concept d’«emplacement prépondérant» n’est aucunement applicable aux taxes sur les ventes grevant des biens corporels. L’assujettissement à la taxe sur les ventes survient au moment de la vente. À ce moment-là, le bien n’a qu’un seul emplacement — celui de la vente. Le bien ne peut pas avoir son emplacement prépondérant ailleurs parce qu’aucune habitude d’utilisation et de garde n’est établie ailleurs. L’emplacement du bien après la vente et l’imposition de la taxe n’est pas pertinent. Cela veut dire que les biens achetés à l’extérieur d’une réserve sont assujettis à la taxe, alors que les biens acquis dans une réserve en sont exempts, peu importe l’endroit où l’acheteur a l’intention de les utiliser. Rattacher la taxation au lieu prévu pour l’utilisation du bien acheté rendrait l’application de la taxe incertaine, voire impossible. Comme le juge Macfarlane l’a dit dans *Danes*, précité, à la p. 259:

[TRADUCTION] L’exemption doit s’appliquer au moment de l’achat. Pour qu’il en soit ainsi, il ne doit pas y avoir d’ambiguïté. Des facteurs tels la proportion de l’utilisation du bien à l’intérieur de la réserve ou à l’extérieur de la réserve ne doivent pas entrer en ligne de compte.

Dans ces circonstances, lorsque l’emplacement du bien au moment de la taxation est facilement déterminable, il n’est tout simplement pas nécessaire d’invoquer le critère de l’«emplacement prépondérant», et je conclus qu’il n’est d’aucun secours aux intimés.

D. L’argument relatif à l’«objet de l’art. 87»

Les intimés affirment que l’art. 87 vise à soustraire les Indiens à la taxation en ce qui concerne l’utilisation de leurs biens dans la réserve. Lorsque les Indiens sont forcés d’acheter la plus grande partie de leurs biens à l’extérieur des réserves, comme c’est le cas pour la plupart d’entre eux au Nouveau-Brunswick, cette protection est érodée. Ils soutiennent donc que l’art. 87 devrait être inter-

This was the view of the majority of the New Brunswick Court of Appeal.

The first difficulty with this argument is that it takes the purpose of s. 87 far beyond that articulated by this Court in *Williams* — to prevent Indian property on Indian reserves from being eroded by taxation or claimed by creditors. No support has been offered for the proposed extension, except that this would economically benefit Indians. But that, this Court has stated, is not the purpose of s. 87: see *Mitchell* and *Williams*. La Forest J. in *Mitchell* (at p. 133) specifically cautioned against attributing an expansive scope to the s. 87 exemption:

... one must guard against ascribing an overly broad purpose to ss. 87 and 89. These provisions are not intended to confer privileges on Indians in respect of any property they may acquire and possess, wherever situated. Rather, their purpose is simply to insulate the property interests of Indians in their reserve lands from the intrusion and interference of the larger society so as to ensure that Indians are not dispossessed of their entitlements. [Emphasis added.]

The second difficulty with this argument is that it flies in the face of the wording of s. 87(1)(b), which confines the protection from taxation to property situated on a reserve. The respondents attempt to overcome this difficulty by relying on s. 87(2) which provides that “[n]o Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (1)(a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property.” But this section does not extend the ambit of s. 87(1)(a) and (b). Section 87(1) states what property is protected from taxation. Section 87(2) states that tax cannot be levied in respect of the ownership, occupation, possession or use of this property. It does not enlarge the class of property subject to the exemption, but merely states the types of tax that are prohibited on a particular type of

prété de manière à s’appliquer aux taxes sur les ventes prélevées à l’extérieur des réserves sur les biens achetés par les Indiens aux fins d’utilisation dans une réserve. C’est l’opinion adoptée par les juges majoritaires de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick.

La première difficulté suscitée par cet argument, c’est qu’il élargit considérablement l’objet de l’art. 87 défini par notre Cour dans l’arrêt *Williams* — soit empêcher que les biens des Indiens situés dans des réserves indiennes ne soient grugés par la taxation ou ne soient revendiqués par des créanciers. Aucun argument n’a été invoqué à l’appui d’une telle extension, sauf le fait que cela avantagerait les Indiens sur le plan économique. Mais comme notre Cour l’a dit, ce n’est pas là l’objet de l’art. 87: voir *Mitchell* et *Williams*. Dans l’arrêt *Mitchell*, le juge La Forest a précisément mis en garde contre l’élargissement de la portée de l’exemption de l’art. 87, à la p. 133:

... il faut éviter d’accorder une portée trop large aux art. 87 et 89. Ces dispositions n’ont pas pour but d’accorder des privilèges aux Indiens à l’égard de tous les biens qu’ils peuvent acquérir et posséder, peu importe l’endroit où ils sont situés. Leur but est plutôt simplement de protéger des ingérences et des entraves de la société en général les droits de propriété des Indiens sur leurs terres réservées pour veiller à ce que ceux-ci ne soient pas dépouillés de leurs droits. [Je souligne.]

La deuxième difficulté soulevée par cet argument, c’est qu’il va à l’encontre du libellé de l’al. 87(1)(b), qui limite la protection contre la taxation aux biens situés dans une réserve. Les intimés tentent de contourner cette difficulté en invoquant le par. 87(2), qui prévoit que «[n]ul Indien ou bande n’est assujéti à une taxation concernant la propriété, l’occupation, la possession ou l’usage d’un bien mentionné aux alinéas (1)(a) ou (b) ni autrement soumis à une taxation quant à l’un de ces biens.» Mais ce paragraphe n’étend pas la portée des al. 87(1)(a) et (b). Le paragraphe 87(1) énonce quels biens sont soustraits à la taxation. Le paragraphe 87(2) dispose qu’une taxe ne peut pas être imposée quant à la propriété, l’occupation, la possession ou l’usage de ces biens. Il n’élargit pas la catégorie des biens auxquels s’applique l’exemption, il établit simplement les types de

property. It does not change the rule that for property to be exempt from taxation under s. 87, it must be situated on a reserve. Courts have consistently held that s. 87(1)(b) is confined to property physically situated on a reserve or whose paramount location is on a reserve: see *Francis, Mitchell, Williams, Lewis and Leighton, supra*.

taxes qui sont prohibés relativement à un type particulier de biens. Cela ne change pas la règle voulant que seuls les biens situés dans une réserve bénéficient de l'exemption fiscale prévue à l'art. 87. Il est de jurisprudence constante que l'al. 87(1)(b) s'applique seulement aux biens physiquement situés dans une réserve ou dont l'emplacement prépondérant est situé dans une réserve: voir *Francis, Mitchell, Williams, Lewis et Leighton, précités*.

40 A third difficulty with this argument is that the history of s. 87 belies the conclusion that Parliament intended it to provide general tax protection for off-reserve property. The tax exemption began in 1850 as a prohibition against taxes on Indians residing on Indian lands. It was amended in 1876 to prevent taxes on Indian property unless it was held outside the reserve. It now prohibits taxation in respect of Indian property that is situated on the reserve: see Bartlett, *supra*. Over the years Parliament has explicitly limited and narrowed the scope of what is now s. 87 to protect from taxation only property that is situated on the reserve.

La troisième difficulté que pose cet argument, c'est que l'historique de l'art. 87 dément la conclusion que le législateur avait l'intention d'accorder une exonération fiscale générale quant aux biens situés à l'extérieur des réserves. En 1850, l'exemption fiscale a d'abord pris la forme d'une interdiction de taxer les Indiens résidant sur les terres indiennes. On l'a modifiée en 1876 pour soustraire à la taxation les biens des Indiens, sauf quand les biens sont détenus à l'extérieur de la réserve. Elle interdit maintenant la taxation des biens appartenant aux Indiens qui sont situés dans la réserve: voir Bartlett, *op. cit.* Au cours des années, le législateur a explicitement limité et rétréci la portée de ce qui est maintenant l'art. 87, de manière à ne soustraire à la taxation que les biens qui sont situés dans une réserve.

41 A fourth difficulty with this argument is that it rests on the assumption that providing a tax exemption to Indians for property purchased off-reserve will benefit Indians uniformly. The argument is that Parliament must have intended the tax to apply to off-reserve purchases because this is required to protect and enhance the position of Indians. Yet it is far from clear that Indians across Canada would benefit from such an interpretation.

Cet argument suscite une quatrième difficulté parce qu'il repose sur l'hypothèse que les Indiens pourront profiter uniformément d'une exemption fiscale visant les biens achetés à l'extérieur des réserves. On soutient que le législateur doit avoir voulu que l'exemption fiscale s'applique aux achats faits à l'extérieur de la réserve, parce que cela est nécessaire pour protéger et améliorer la situation des Indiens. Pourtant, il est loin d'être clair que les Indiens bénéficieraient partout au Canada d'une telle interprétation.

42 Confining s. 87 to property situated on a reserve and excluding off-reserve sales taxes will have varying effects. It is said that in New Brunswick the effects are negative. There are very few retail establishments on New Brunswick reserves where 65-75 percent of status Indians live. Delivery of goods to reserves may partially offset the problem; the trial judge, Savoie J., found that delivery of

limiter le champ d'application de l'art. 87 aux seuls biens situés dans la réserve à l'exclusion des taxes sur les ventes imposées à l'extérieur de la réserve produira des effets variables. On affirme qu'au Nouveau-Brunswick, l'effet sera négatif. Il existe très peu d'établissements de vente au détail dans les réserves du Nouveau-Brunswick où vivent de 65 à 75 pour 100 des Indiens inscrits. La livrai-

goods and services to Indians resident on reserves in New Brunswick was available from many of the retail establishments close to reserves. However, delivery may involve additional charges equivalent to a sales tax and, in any event, will not be available in many situations. The reality is that, at present, New Brunswick Indians are unable to live on their reserves without paying a certain amount of provincial sales tax.

At the same time, adopting the “paramount location” test would have adverse consequences for Indians who live off the reserve. They would presumably have to pay tax on purchases made on and off the reserve because the “paramount location” of the goods would be off-reserve. Indians who lived, and thus consumed their property, off the reserve would always be subject to taxation, while those living on the reserve would be effectively immune. In contrast, the “point of sale” test allows Indians living off-reserve to purchase goods tax-free on reserves regardless of where the goods are ultimately used.

In addition, the “point of sale” test is beneficial to on-reserve Indians in many parts of Canada. First, it provides an incentive for Indians to establish their own retail outlets on reserves and gives a competitive edge to reserve businesses, thereby increasing economic activity and employment. Although the exemption may not yet have been a catalyst in New Brunswick, where until recently off-reserve sales were exempt from tax, it has fostered aboriginal economic development elsewhere. For example, the intervener, the Attorney General of Manitoba, asserted that almost all Manitoba reserves contain some retail businesses. The fact that the exemption is closely tied to the reserve enhances reserve-linked benefits, promotes privatization of reservation economies and encourages

son des biens dans les réserves peut compenser en partie; en première instance, le juge Savoie a conclu que de nombreux établissements de vente au détail situés près des réserves offraient la livraison des biens et des services aux Indiens vivant dans ces réserves. Cependant, la livraison peut occasionner des frais supplémentaires équivalents à la taxe sur les ventes et, de toute façon, souvent, elle ne sera pas offerte. La réalité, c’est qu’actuellement les Indiens du Nouveau-Brunswick ne peuvent pas vivre dans leur réserve sans verser certaines sommes au titre de la taxe sur les ventes provinciale.

De même, l’adoption du critère de l’«emplacement prépondérant» aurait des conséquences néfastes pour les Indiens qui vivent à l’extérieur des réserves. Vraisemblablement, ils devraient acquitter la taxe sur les achats effectués tant à l’intérieur qu’à l’extérieur des réserves, parce que l’«emplacement prépondérant» des biens se trouverait à l’extérieur de la réserve. Les Indiens qui vivent, et donc consomment leurs biens, à l’extérieur d’une réserve seraient toujours assujettis à la taxe, alors que ceux qui vivent dans les réserves en seraient effectivement exemptés. Par contre, le critère du «point de vente» permet aux Indiens qui vivent à l’extérieur d’une réserve d’acheter des biens en franchise dans les réserves sans égard à l’endroit où ces biens seront finalement utilisés.

En outre, dans beaucoup de régions au Canada, le critère du «point de vente» est avantageux pour les Indiens qui vivent dans les réserves. Premièrement, il encourage les Indiens à établir leurs propres points de vente au détail dans les réserves et procure un avantage compétitif aux entreprises situées dans les réserves, favorisant ainsi la croissance de l’économie et de l’emploi. Bien que l’exemption n’ait peut-être pas encore joué un rôle de catalyseur au Nouveau-Brunswick où jusqu’à tout récemment, les ventes effectuées à l’extérieur des réserves n’étaient pas assujetties à la taxe, elle a favorisé le développement économique des autochtones dans d’autres régions. Par exemple, l’intervenant, le procureur général du Manitoba, a affirmé qu’il y avait des établissements de vente au

an entrepreneurial spirit: see Robert A. Reiter, in *Tax Manual for Canadian Indians* (1990), at p. 1.1.

détail dans presque toutes les réserves du Manitoba. Le fait que l'exemption soit étroitement liée à la réserve accroît les avantages rattachés à la réserve et encourage la privatisation des activités économiques dans les réserves et l'esprit d'entreprise: voir Robert A. Reiter, dans *Tax Manual for Canadian Indians* (1990), à la p. 1.1.

45 Second, the "point of sale" approach to the tax exemption permits reserves to impose their own taxes on reserve sales, thus creating a tax base for aboriginal governments: see Peter W. Hogg and Mary Ellen Turpel, "Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 187, at pp. 207 *et seq.* For example, in the *Budget Implementation Act, 1997*, S.C. 1997, c. 26, Parliament granted the Cowichan tribes the authority to impose a direct tax on the on-reserve purchase of tobacco by status Indians. This legislation enabled the Cowichan Tribes to fill the tax void created by s. 87 and raise revenue for the community. If s. 87 is interpreted to provide an exemption for all off-reserve purchases of tobacco destined for use on the reserve, the purpose of this amendment would be frustrated.

Deuxièmement, l'application du critère du «point de vente» à l'exemption fiscale permet aux réserves d'imposer leurs propres taxes sur les ventes effectuées dans les réserves et de créer ainsi une assiette fiscale propre aux gouvernements autochtones: voir Peter W. Hogg et Mary Ellen Turpel, «Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues» (1995), 74 *R. du B. can.* 187, aux pp. 207 *et suiv.* Par exemple, dans la *Loi d'exécution du budget de 1997*, L.C. 1997, ch. 26, le législateur a accordé aux tribus Cowichan le pouvoir d'imposer une taxe directe sur les achats de produits du tabac effectués dans la réserve par les Indiens inscrits. Cette loi a donné aux tribus Cowichan le pouvoir de combler le vide fiscal créé par l'art. 87 et de constituer des fonds pour la collectivité. Si l'article 87 était interprété de manière à soustraire à la taxe tous les produits du tabac achetés à l'extérieur de la réserve aux fins de consommation dans la réserve, le but de cette modification serait mis en échec.

46 These considerations belie the conclusion that s. 87, by its object and purpose, must be read as intending to exempt Indians from all sales taxes, whether on or off a reserve, on property used on reserves. I conclude that the argument that s. 87 must, in keeping with its objects, be read expansively to apply to off-reserve sales cannot succeed.

Ces considérations vont à l'encontre de la conclusion que l'art. 87, en raison de son objet et de son but, doit être interprété comme la manifestation d'une volonté d'exempter les Indiens de toutes les taxes sur les ventes grevant des biens utilisés dans les réserves, que les ventes aient lieu à l'intérieur ou à l'extérieur des réserves. Je conclus que l'argument selon lequel l'art. 87, en conformité avec son objet, doit être interprété de manière que son champ d'application s'étende aux ventes effectuées à l'extérieur des réserves ne peut être retenu.

V. Conclusion

V. Conclusion

47 I would allow the appeal and set aside the order of the New Brunswick Court of Appeal. I make no

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer l'ordonnance rendue par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. Je ne fais aucun commentaire au sujet de la validité de la nouvelle taxe sur

comment regarding the validity of the new Harmonized Sales Tax that replaced the tax here at issue.

The following constitutional question was stated:

Question: If as a matter of statutory interpretation, the *Social Services and Education Tax Act*, R.S.N.B. 1973, c. S-10, imposes a tax in respect of tangible personal property purchased at a location off reserve which is destined for use entirely or primarily by an Indian or an Indian band on a reserve, and further, if as a matter of statutory interpretation, s. 87 of the *Indian Act* prohibits such taxation, is the *Social Services and Education Tax Act* rendered inoperative to the extent of its inconsistency with s. 87 of the *Indian Act*?

Answer: Section 87 of the *Indian Act* does not prohibit taxation in respect of tangible personal property purchased at a location off reserve which is destined for use entirely or primarily by an Indian or an Indian band on a reserve. As such, the *Social Services and Education Tax Act* is not inconsistent with s. 87 of the *Indian Act* and is not rendered inoperative.

The reasons of Gonthier and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — This appeal is about the right of Indian people on New Brunswick reserves to purchase clothing and other goods for their personal consumption without paying tax to the provincial government. Given the realities of reserve life in that province, and in particular the lack of on-reserve shopping facilities, restricting the tax exemption to shopping on reserves in New Brunswick means for all practical purposes that no exemption is available.

The legal issue, in more technical terms, is the proper construction of the New Brunswick *Social*

les ventes harmonisée qui a remplacé la taxe ici en cause.

La question constitutionnelle suivante a été formulée:

Question: Si, selon les principes de l'interprétation législative, la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation*, L.R.N.-B. 1973, ch. S-10, impose une taxe sur les biens meubles corporels acquis à l'extérieur d'une réserve qui sont destinés à être utilisés entièrement ou essentiellement dans une réserve par un Indien ou une bande indienne et que, selon les principes de l'interprétation législative, l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens* interdit une telle taxation, la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation* est-elle inopérante dans la mesure de son incompatibilité avec l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*?

Réponse: L'article 87 de la *Loi sur les Indiens* n'interdit pas la taxation des biens meubles corporels acquis à l'extérieur d'une réserve qui sont destinés à être utilisés entièrement ou essentiellement dans une réserve par un Indien ou une bande indienne. En tant que telle, la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation* n'est pas incompatible avec l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens* et n'est donc pas inopérante

Version française des motifs des juges Gonthier et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — Le présent pourvoi porte sur le droit des Indiens vivant dans les réserves situées au Nouveau-Brunswick d'acheter des vêtements et d'autres biens pour leur usage personnel sans payer la taxe imposée par le gouvernement provincial. Vu les réalités de la vie dans les réserves de cette province et, en particulier, le manque de magasins dans celles-ci, le fait de limiter l'exemption fiscale aux achats faits dans les réserves au Nouveau-Brunswick rend cette dernière illusoire à toutes fins utiles.

En termes plus techniques, la question de droit qui se pose en l'espèce est de savoir, d'une part,

Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10, and whether its reach is defeated in these circumstances by the tax exemption provided by s. 87(1)(b) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. A majority of this Court has concluded that the exemption is not available where the point of acquisition of the personal property is off the reserve irrespective of where the personal property is used or consumed. The result is that New Brunswick can collect its 11 percent tax. I disagree.

- 51 The facts are outlined in the reasons for judgment of my colleague Justice McLachlin and I will add to them only insofar as may be necessary to explain these reasons.

Relevant Statutory Provisions

- 52 *Social Services and Education Tax Act*, R.S.N.B. 1973, c. S-10

1 . . .

“consumer” means a person who

(a) utilizes or intends to utilize within the Province goods for his own consumption, or for the consumption of any other person at his expense, or

(b) utilizes or intends to utilize within the Province goods on behalf of or as the agent for a principal, who desired or desires to so utilize such goods for consumption by the principal or by any other person at the expense of the principal;

. . .

“purchaser” means a consumer who acquires goods at a retail sale within the Province and includes also

(a) a promotional distributor to the extent that the full fair value of any goods provided by way of promotional distribution exceeds any payment specifically made therefor by the person to whom such goods are provided, and

(b) a person who purchases services;

. . .

comment il faut interpréter la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation*, L.R.N.-B. (1973), ch. S-10, du Nouveau-Brunswick et, d'autre part, si cette loi est rendue inapplicable dans les circonstances de la présente affaire en raison de l'exemption fiscale prévue à l'al. 87(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. Les juges majoritaires de notre Cour ont conclu que l'exemption ne s'applique pas lorsque les biens meubles sont achetés à l'extérieur de la réserve, peu importe le lieu où ils sont utilisés ou consommés. Le Nouveau-Brunswick peut donc percevoir sa taxe de 11 pour 100. Je suis en désaccord.

Les faits sont rappelés dans les motifs rédigés par ma collègue le juge McLachlin et je n'apporterai d'autres éléments que dans la mesure où cela sera nécessaire pour exposer les présents motifs.

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B. (1973), ch. S-10

1 . . .

«consommateur» désigne une personne

a) qui utilise ou se propose d'utiliser des marchandises pour sa propre consommation, ou pour la consommation de toute autre personne à ses propres frais dans la province, ou

b) qui utilise ou se propose d'utiliser des marchandises dans la province pour le compte d'un commettant ou à titre de représentant d'un commettant qui désirait ou désire ainsi utiliser ces marchandises aux fins de consommation par le commettant ou par toute autre personne aux frais de ce dernier;

. . .

«acheteur» désigne un consommateur qui achète des marchandises au cours d'une vente au détail dans la province et s'entend également

a) d'un agent de distribution publicitaire dans la mesure où la juste valeur des marchandises fournies par voie de distribution publicitaire est supérieure au prix qu'il en reçoit de l'acquéreur, et

b) d'une personne qui achète des services;

. . .

4 Every consumer of goods consumed within the Province and every purchaser of services purchased within the Province shall pay to the Minister for the raising of revenue for Provincial purposes a tax in respect of the consumption of such goods or purchase of such services. . . . [Emphasis added.]

5(1) In the case of a retail sale within the Province, the tax shall be payable by the purchaser at the time of purchase on the fair value of the goods or services.

. . .

8(1) Every person who consumes within the Province goods acquired by him for resale, or who consumes within the Province goods manufactured, processed, produced or purchased by him within or without the Province, shall for the purposes of this Act, be deemed to have purchased the goods at a retail sale in the Province on the day that he begins to consume the goods within the Province.

. . .

16 Every vendor shall be an agent of the Minister for the purpose of collecting the tax imposed by section 4 and payable under section 5, and as such shall collect the tax.

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5

87. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

(b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

(2) No Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (1)(a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property.

Analysis

In *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, the Court discussed the appropriate approach to consideration of a claim for a tax exemption under s. 87 of the *Indian Act*, per Gonthier J. at p. 885. First, any analysis must keep in mind the limited

4 Afin de créer un revenu pour des fins provinciales, tout consommateur de marchandises consommées dans la province et tout acheteur de services achetés dans la province doivent verser au Ministre une taxe sur la consommation de ces marchandises ou l'achat de ces services. . . . [Je souligne.]

5(1) Lorsqu'une vente au détail est effectuée dans la province, l'acheteur paye la taxe au moment de l'achat sur la juste valeur de ces marchandises ou services.

. . .

8(1) Toute personne qui consomme dans la province des marchandises qu'il (*sic*) a acquises en vue de la revente, ou qui y consomme des marchandises qu'il (*sic*) a fabriquées, transformées, produites ou achetées à l'intérieur ou à l'extérieur de la province, est, aux fins de la présente loi, réputée avoir acheté ces marchandises lors d'une vente au détail effectuée dans la province, le jour où il commence à consommer ces marchandises dans la province.

. . .

16 Tout vendeur est un représentant du Ministre aux fins de la perception de la taxe imposée par l'article 4 et payable en application de l'article 5 et doit, à ce titre, percevoir cette taxe.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5

87. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation:

b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

(2) Nul Indien ou bande n'est assujéti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage d'un bien mentionné aux alinéas (1)a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens.

L'analyse

Dans l'arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, la Cour a analysé, sous la plume du juge Gonthier, à la p. 885, la façon dont il convient d'aborder l'examen d'une demande d'exemption fiscale fondée sur l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*.

and specific purpose of s. 87. Second, the nature of the property or benefits sought to be exempted from taxation is to be looked at. Third, the manner in which the incidence of the particular provincial tax (here the New Brunswick *Social Services and Education Tax Act*) falls upon the personal property sought to be taxed is to be considered. That having been done, the Court compares the text of the taxing statute with s. 87(1)(b) of the *Indian Act* to determine if the exemption applies. In the vital exercise of construing both the *Indian Act* and the New Brunswick *Social Services and Education Tax Act*, the interpretive principles expressed by Dickson J. (as he then was) in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36, must be observed, namely:

It is legal lore that, to be valid, exemptions to tax laws should be clearly expressed. It seems to me, however, that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians. If the statute contains language which can reasonably be construed to confer tax exemption that construction, in my view, is to be favoured over a more technical construction which might be available to deny exemption.

This “liberal interpretative method” was affirmed in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, *per* La Forest J., at p. 143, although he pointed out that these principles did not imply

... automatic acceptance of a given construction simply because it may be expected that the Indians would favour it over any other competing interpretation.

It is convenient in this case, as in *Williams*, to examine separately each step of the analysis of the tax exemption claimed by the Indian people.

Premièrement, toute analyse doit tenir compte de l’objet limité et précis de l’art. 87. Deuxièmement, la nature des biens ou des avantages que l’on veut exempter de la taxe doit être étudiée. Troisièmement, l’incidence de la taxe provinciale en cause (en l’espèce la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation* du Nouveau-Brunswick) sur les biens meubles que l’on cherche à taxer doit être considérée. Après quoi la Cour doit comparer le libellé de la loi fiscale à celui de l’al. 87(1)b) de la *Loi sur les Indiens* pour déterminer si l’exemption s’applique. À l’étape cruciale de l’interprétation tant de la *Loi sur les Indiens* que de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation* du Nouveau-Brunswick, il importe de respecter les principes d’interprétation énoncés par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36:

Selon un principe bien établi, pour être valide, toute exemption d’impôts doit être clairement exprimée. Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens. Si la loi contient des dispositions qui, suivant une interprétation raisonnable, peuvent conférer une exemption d’impôts, il faut, selon moi, préférer cette interprétation à une interprétation plus stricte qui pourrait être utilisée pour refuser l’exemption.

Cette «interprétation libérale» a été confirmée par le juge La Forest dans l’arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 143, encore que ce dernier ait fait remarquer que ces principes ne revenaient pas à

... accepter automatiquement une interprétation donnée pour la simple raison qu’il peut être vraisemblable que les Indiens la préférerait à toute autre interprétation différente.

Il convient en l’espèce, comme c’était le cas dans l’affaire *Williams*, d’examiner séparément chaque étape de l’analyse concernant l’exemption fiscale demandée par les Indiens.

Purpose of Section 87 of the Indian Act

In *Williams*, Gonthier J., for the Court, outlined the “Nature and Purpose of the [s. 87] Exemption from Taxation” as follows, at p. 885:

The question of the purpose of ss. 87, 89 and 90 has been thoroughly addressed by La Forest J. in the case of *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. La Forest J. expressed the view that the purpose of these sections was to preserve the entitlements of Indians to their reserve lands and to ensure that the use of their property on their reserve lands was not eroded by the ability of governments to tax, or creditors to seize. The corollary of this conclusion was that the purpose of the sections was not to confer a general economic benefit upon the Indians. . . . [Emphasis added.]

Gonthier J.’s focus on the “use” of personal property stems from the language of s. 87 which exempts from taxation “the personal property of an Indian or a band situated on a reserve” and, importantly, taxation “in respect of the . . . use of any [such] property. . .”, which personal property is not to be “otherwise subject to taxation” (emphasis added).

I agree with McLachlin J. that the expression “situated on a reserve” bears the same interpretation in s. 87(1) of the *Indian Act* as it does elsewhere in that statute and should not be extended in an artificial or conceptual way to cover personal property that is not physically situated on a reserve at the critical time. (The task, of course, is to determine the “critical time” in the context of a particular case.) In this I differ from the majority of the New Brunswick Court of Appeal. This Court held in *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, per Kellock J. at p. 631, that the words “situated on a reserve” were to be taken literally and did not include “notional situation” on a reserve. Parliament has not seen fit to enlarge the exemption in the 42 years since that decision. In *Francis*, the critical time was the moment of importation of the Indian’s personal property into Canada. The question in this case is whether the critical time is the time of acquisition, as the province contends, or the time of use or consumption, as the Indian

L’objet de l’art. 87 de la Loi sur les Indiens

Dans l’arrêt *Williams*, le juge Gonthier, au nom de la Cour, décrit de la façon suivante «[l]a nature et l’objet de l’exemption fiscale [prévue à l’art. 87]», à la p. 885:

Le juge La Forest a analysé en profondeur la question de l’objet des art. 87, 89 et 90 dans l’arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. Il a conclu que ces articles visent à préserver les droits des Indiens sur leurs terres réservées et à assurer que la capacité des gouvernements d’imposer des taxes, ou celle des créanciers de saisir, ne porte pas atteinte à l’utilisation de leurs biens situés sur leurs terres réservées. La conséquence de cette conclusion était que les articles en question ne visent pas à conférer un avantage économique général aux Indiens . . . [Je souligne.]

Le juge Gonthier met l’accent sur l’«utilisation» des biens meubles en raison du libellé de l’art. 87 qui prévoit que sont exemptés de taxation «les biens meubles d’un Indien ou d’une bande situés sur une réserve» et, ce qui est important, dispose que nul Indien ou bande n’est assujéti à une taxation «concernant [. . .] l’usage d’un [tel] bien [. . .] ni autrement soumis à une taxation quant à l’un de ces biens» (je souligne).

Je suis d’accord avec le juge McLachlin pour dire que l’expression «situés sur une réserve» doit recevoir la même interprétation au par. 87(1) de la *Loi sur les Indiens* qu’ailleurs dans cette loi et que sa portée ne doit pas être étendue de manière artificielle ou conceptuelle de façon qu’elle vise les biens meubles ne se trouvant pas physiquement dans une réserve au moment crucial. (Il faut, bien entendu, déterminer le «moment crucial» dans le contexte de chaque espèce.) À cet égard, je ne suis pas d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick. Notre Cour a conclu, dans l’arrêt *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, pour les motifs exposés par le juge Kellock à la p. 631, que les mots «situés sur une réserve» devaient s’interpréter de façon littérale et qu’ils ne visaient pas un [TRADUCTION] «emplacement fictif» situé dans une réserve. Le législateur fédéral n’a pas jugé opportun d’étendre l’exemption depuis que cet arrêt a été rendu il y a 42 ans. Dans cet arrêt, le moment crucial était celui de

54

55

56

respondents contend. If the New Brunswick *Social Services and Education Tax Act* charges the tax on the use or consumption of the personal property of Indian people, and if at the time of use or consumption the personal property is primarily situated on a reserve, then in my opinion the respondents are entitled to the benefit of the exemption.

Nature of the Property in Question

57

The goods at issue in this case are tangible goods which we are told by the parties include ordinary household and related goods such as taxable groceries, personal toiletries, cleaning supplies, building materials, sports and recreational equipment, furniture, household appliances, motor vehicles, clothing and footwear. Indian people cannot be expected to live reasonably on the reserve without purchasing some or all of these goods, and if the goods are not available locally, then purchases will have to be made off-reserve to enable the Indians to enjoy a reasonable standard of life on the reserve. New Brunswick recognized the justice of this position during the decades when the province itself exempted the Indians from payment of the tax.

58

New Brunswick will still exempt from the tax goods delivered by the vendor at the vendor's expense to the reserve. To the vagaries of on-reserve shopping facilities are therefore added the idiosyncrasies of off-reserve delivery services. The parties agreed that the tax would be levied (if the provincial Attorney General prevails in this appeal) in the following instances of everyday purchases by a status Indian resident on a reserve:

l'importation au Canada des biens meubles de l'Indien. La question en l'espèce est de savoir si le moment crucial est celui de l'achat, comme le prétend la province, ou celui de l'utilisation ou de la consommation, comme le prétendent les Indiens intimés. Si la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation* du Nouveau-Brunswick établit une taxe frappant l'utilisation ou la consommation des biens meubles des Indiens et si, au moment de leur utilisation ou de leur consommation, ces biens sont principalement situés dans une réserve, à mon avis, les intimés ont droit au bénéfice de l'exemption.

La nature des biens en question

Les biens en cause dans la présente affaire sont des biens corporels qui, selon les parties, comprennent des objets ménagers et d'autres objets connexes tels des produits d'épicerie taxables, des articles de toilette, des produits de nettoyage, des matériaux de construction, des articles de sport et du matériel récréatif, des meubles, des appareils électroménagers, des véhicules automobiles, des vêtements et des chaussures. On ne peut s'attendre à ce que les Indiens vivent de façon acceptable dans les réserves sans se procurer certains, voire l'ensemble de ces biens, et si ces biens ne sont pas offerts dans la réserve, les achats devront être effectués à l'extérieur afin que les Indiens puissent jouir d'un niveau de vie raisonnable dans la réserve. Le Nouveau-Brunswick reconnaissait la justesse de ce point de vue pendant les décennies au cours desquelles la province a elle-même exempté les Indiens du paiement de la taxe.

Le Nouveau-Brunswick continuera d'exempter les biens que le vendeur livre, à ses propres frais, dans la réserve. Aux aléas du magasinage dans les réserves s'ajoutent donc les particularités des services de livraison offerts par des vendeurs se trouvant à l'extérieur des réserves. Les parties ont convenu que la taxe serait perçue (si le procureur général de la province a gain de cause dans le présent pourvoi) à l'égard des achats quotidiens suivants effectués par un Indien inscrit résidant dans une réserve:

- (a) purchase of an article of children's clothing in July, 1993 for a price of approximately \$150 from Metropolitan Store in Woodstock, New Brunswick where the purchaser, a resident of the Woodstock reserve, was advised that vendor delivery to the reserve was not available;
- (b) purchase of an article of clothing in December, 1993 for a purchase price of approximately \$150 from Eaton's department store in Moncton where the purchaser, a resident of the Woodstock reserve, was advised that vendor delivery to a reserve was not available but that delivery through a common carrier could be made with the charge for such delivery to be borne by the purchaser;
- (c) purchase of light bulbs, toothpaste and sundry toiletry items in January, 1994 for less than \$50 from Shoppers Drug Mart in Fredericton in which the purchaser, a resident of the Kingsclear reserve, was advised that delivery to the reserve was not available;
- (d) purchase of cleaning supplies, laundry detergent, paper towels, dish washing liquid and similar household cleaning items in February, 1994 for less than \$25 from the Byway Store in Fredericton where the purchaser, a resident of the Kingsclear reserve, was advised that no delivery to the reserve was available; and
- (e) purchase of sundry toiletry items, magazines and taxable groceries, in November, 1993, for less than \$20, from a convenience store in Newcastle where the purchaser, a resident of the Eel Ground Reserve, was advised that vendor delivery to the reserve was not available.
- a) l'achat d'un vêtement pour enfant, en juillet 1993, au prix d'environ 150 \$ chez Metropolitan Store, à Woodstock (Nouveau-Brunswick); à cette occasion, l'acheteur, résident de la réserve de Woodstock, a été avisé par le vendeur qu'il ne faisait pas la livraison dans la réserve;
- b) l'achat d'un vêtement, en décembre 1993, au prix d'environ 150 \$ chez Eaton, à Moncton; à cette occasion, l'acheteur, résident de la réserve de Woodstock, a été avisé par le vendeur qu'il ne faisait pas la livraison dans la réserve, mais que celle-ci pouvait être faite par un transporteur public, aux frais de l'acheteur;
- c) l'achat d'ampoules électriques, de dentifrice, et de divers articles de toilette, en janvier 1994, pour moins de 50 \$ chez Shoppers Drug Mart, à Fredericton; à cette occasion, l'acheteur, résident de la réserve Kingsclear, a été avisé par le vendeur qu'il ne faisait pas la livraison dans la réserve;
- d) l'achat de produits de nettoyage, de détergent à lessive, d'essuie-tout, de savon à vaisselle et d'autres articles d'entretien ménager similaires, en février 1994, pour moins de 25 \$ chez Byway Store, à Fredericton; à cette occasion, l'acheteur, résident de la réserve Kingsclear, a été avisé par le vendeur qu'il ne faisait pas la livraison dans la réserve;
- e) l'achat de divers articles de toilette, de revues et de produits d'épicerie taxables, en novembre 1993, pour moins de 20 \$ dans un dépanneur de Newcastle; à cette occasion, l'acheteur, résident de la réserve Eel Ground, a été avisé par le vendeur qu'il ne faisait pas la livraison dans la réserve.

These illustrations underscore the extent to which the province seeks to benefit from its 11 percent impost on on-reserve living expenses under the Social Services and Education Tax which, ironically, does not benefit Indian people

Ces exemples montrent à quel point la province cherche à tirer profit de sa taxe de 11 pour 100 pour les services sociaux et l'éducation en y assujettissant les dépenses de la vie quotidienne des personnes vivant dans les réserves; ironiquement, cette taxe ne profite pas aux Indiens vivant dans les réserves car c'est le gouvernement fédéral qui

on the reserve, who receive such education and services (if at all) from the federal government.

60

There are at least 9,500 status Indians resident in the Province of New Brunswick, approximately 65 to 75 percent of whom are resident on reserves. The parties agreed that there are very few retail establishments located on reserves in the province. For this reason, most personal property purchased by on-reserve status Indians and New Brunswick bands must be purchased from retail establishments located off reserve. If the Social Services and Education Tax applies to off-reserve acquisitions, as argued by the provincial Attorney General, the result would be that New Brunswick Indians would suffer a greater tax vulnerability than Indians settled elsewhere in the country on larger reserves with better on-reserve shopping facilities. I say all of this by way of background to the narrow legal issue, which is whether the wording of s. 87(1)(b) is apt to prevent the application of the New Brunswick tax statute in the factual circumstances already mentioned.

Design of the New Brunswick Social Services and Education Tax Act

61

The key to this case is the precise wording of the charging section of the New Brunswick *Social Services and Education Tax Act*, which imposes the tax on the consumer “in respect of the consumption” (emphasis added) of the goods in question:

IMPOSITION OF TAX

4 Every consumer of goods consumed within the Province and every purchaser of services purchased within the Province shall pay to the Minister for the raising of revenue for Provincial purposes a tax in respect of the consumption of such goods. . . . [Emphasis added.]

The Act specifically defines “consumer” as a person who “utilizes or intends to utilize within the Province goods” (emphasis added). This echoes the reference to the “use” of personal property in s. 87 of the *Indian Act* which, it will be recalled, provides that “[n]o Indian or band is subject to tax-

assure leur éducation et les services qu’ils reçoivent (le cas échéant).

Au moins 9 500 Indiens inscrits vivent au Nouveau-Brunswick et environ 65 à 75 pour 100 d’entre eux vivent dans des réserves. Les parties conviennent qu’il y a très peu de magasins de vente au détail dans les réserves situées dans la province. Pour cette raison, la plupart des biens meubles achetés par les Indiens inscrits résidant dans les réserves et les bandes se trouvant au Nouveau-Brunswick doivent provenir de magasins situés à l’extérieur des réserves. Si la taxe pour les services sociaux et l’éducation s’appliquait aux biens acquis à l’extérieur des réserves, comme l’a prétendu le procureur général de la province, les Indiens du Nouveau-Brunswick seraient susceptibles de payer davantage de taxes que ceux qui vivent ailleurs au pays dans des réserves plus importantes, mieux dotées en magasins. Tout ce qui précède sert à situer le contexte dans lequel s’inscrit l’étroite question de droit qui se pose en l’espèce, savoir si le libellé de l’al. 87(1)b) peut faire obstacle à l’application de la loi fiscale du Nouveau-Brunswick vu les faits susmentionnés.

L’économie de la Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation du Nouveau-Brunswick

La clef de la présente affaire réside dans le libellé précis de l’article taxateur de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation* du Nouveau-Brunswick, qui assujettit le consommateur à «une taxe sur la consommation» (je souligne) des biens visés:

IMPOSITION DE LA TAXE

4 Afin de créer un revenu pour des fins provinciales, tout consommateur de marchandises consommées dans la province et tout acheteur de services achetés dans la province doivent verser au Ministre une taxe sur la consommation de ces marchandises . . . [Je souligne.]

La Loi définit expressément le «consommateur» comme une personne qui «utilise ou se propose d’utiliser des marchandises [. . .] dans la province» (je souligne). Cela fait écho à la mention de l’«usage» des biens meubles à l’art. 87 de la *Loi sur les Indiens* qui, je le rappelle, prévoit que

ation in respect of the . . . use of any property [situated on a reserve] or is otherwise subject to taxation in respect of any such property” (emphasis added).

The appellant argues that despite such clear and specific language the New Brunswick tax is a transaction tax targeting the transaction of purchase and sale rather than a tax in respect of consumption. An appraisal of that position requires consideration of s. 8 which provides that goods acquired outside New Brunswick are taxed if consumed within the province despite the absence of any retail sale within the territorial jurisdiction of New Brunswick:

8(1) Every person who consumes within the Province goods acquired by him for resale, or who consumes within the Province goods manufactured, processed, produced or purchased by him within or without the Province, shall for the purposes of this Act, be deemed to have purchased the goods at a retail sale in the Province on the day that he begins to consume the goods within the Province. [Emphasis added.]

Accordingly, the New Brunswick *Social Services and Education Tax Act* is a tax imposed “in respect of” consumption subject to the condition precedent of either a sale within the province (s. 5) or a deemed sale within the province (s. 8(1)). I take this characterization from the decision of this Court in *Simpsons-Sears Ltd. v. Provincial Secretary (N.B.)*, [1978] 2 S.C.R. 869. The particular issue in that case had nothing to do with Indians and nothing to do with s. 87 of the *Indian Act*, but it did require an interpretation of a predecessor of the New Brunswick *Social Services and Education Tax Act*. In that case, the particular issue was whether Simpsons-Sears had to pay the tax in its capacity as distributor of free catalogues in the province. Laskin C.J. observed, at p. 872:

. . . I agree with my brother Ritchie’s primary conclusion that the language of the New Brunswick *Social Services and Education Tax Act* cannot be construed to convert a distributor into a taxable consumer of the catalogues which that distributor mails or delivers free

«[n]ul Indien ou bande n’est assujetti à une taxation concernant [. . .] l’usage d’un bien [situé sur une réserve] ni autrement soumis à une taxation quant à l’un de ces biens» (je souligne).

L’appelant soutient que, malgré ce libellé limpide et explicite, la taxe du Nouveau-Brunswick est une taxe sur les opérations qui frappe l’opération d’achat et de vente, et non une taxe sur la consommation. Ce point de vue doit être examiné à la lumière de l’art. 8, qui prévoit que les biens acquis à l’extérieur du Nouveau-Brunswick sont taxés s’ils sont consommés dans la province même si la vente au détail n’a pas eu lieu dans les limites de la compétence territoriale du Nouveau-Brunswick:

8(1) Toute personne qui consomme dans la province des marchandises qu’il (*sic*) a acquises en vue de la revente, ou qui y consomme des marchandises qu’il (*sic*) a fabriquées, transformées, produites ou achetées à l’intérieur ou à l’extérieur de la province, est, aux fins de la présente loi, réputée avoir acheté ces marchandises lors d’une vente au détail effectuée dans la province, le jour où il commence à consommer ces marchandises dans la province. [Je souligne.]

En conséquence, la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation* du Nouveau-Brunswick établit une taxe «sur» la consommation dont l’imposition est subordonnée au respect d’une condition préalable, savoir que la vente du bien visé doit avoir eu lieu dans la province (art. 5) ou encore elle doit être réputée telle (par. 8(1)). Je tire cette qualification de la décision que notre Cour a rendue dans l’affaire *Simpsons-Sears Ltée c. Secrétaire provincial (N.-B.)*, [1978] 2 R.C.S. 869. Dans cette affaire, la question en litige n’avait rien à voir avec les Indiens ni avec l’art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, mais il fallait y interpréter une version antérieure de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation*. Il s’agissait de savoir si Simpsons-Sears devait payer la taxe en sa qualité de distributrice de catalogues gratuits dans la province. Le juge en chef Laskin a fait observer, à la p. 872:

Je souscris à la première conclusion de mon collègue le juge Ritchie selon laquelle on ne peut interpréter la *Loi sur les taxes pour les services sociaux et d’éducation* du Nouveau-Brunswick de façon à transformer un distributeur en un consommateur assujetti à la taxe à l’égard de

to persons in New Brunswick. This is enough to dispose of the appeal which I would allow as proposed by my brother Ritchie. [Emphasis added.]

The primary conclusion of Ritchie J. was that while the tax was imposed “in respect of” consumption, imposition of the tax under s. 4 required there to be a sale prior to consumption, and that Simpsons-Sears was not party to any such sale. In other words, a retail sale had been imposed by the legislature as a condition precedent to taxable consumption with respect to goods acquired within the province, *per* Ritchie J., at p. 888:

... in amending s. 4 so as to place the burden of the tax on the consumer, the Legislature of New Brunswick nevertheless retained “a sale” or “purchase” as a precondition of taxable consumption at least with respect to goods purchased at retail in New Brunswick.

In the present case there is no sale of catalogues within or without the Province either at retail or otherwise. The appellant is the producer, not the purchaser of the catalogues and potential customers receive them free of charge. [Emphasis added.]

64

In the circumstances, I cannot agree with McLachlin J. that the *Simpsons-Sears* case characterized the Social Services and Education Tax as a transaction tax rather than a consumption tax. Ritchie J., for the majority, seems to me plainly to state in the paragraph reproduced above that the s. 4 tax is in respect of consumption albeit he notes that a precondition to its imposition is a transaction of purchase and sale. The precondition to the imposition of a tax cannot plausibly be characterized as its subject matter. This view is reinforced by the fact, already mentioned, that New Brunswick imposes the tax under s. 8 where goods are consumed in the province where no retail sale has taken place in the province. My colleague McLachlin J. is obliged to argue in para. 30 of her reasons that the *Social Services and Education Tax Act* creates two different taxes, a s. 8 tax in respect of consumption and a s. 4 tax in respect of a transaction of purchase and sale. In my view, there is nothing to suggest that the Legislature intended the

catalogues qu’il envoie ou distribue gratuitement à des personnes au Nouveau-Brunswick. Ceci suffit pour statuer en l’espèce et je suis d’avis d’accueillir le pourvoi comme le propose mon collègue le juge Ritchie. [Je souligne.]

Selon la conclusion principale du juge Ritchie, bien que la taxe ait été une taxe «sur» la consommation, l’imposition de la taxe visée à l’art. 4 était subordonnée à la conclusion d’une vente avant la consommation et Simpsons-Sears n’était pas partie à une telle vente. En d’autres termes, la législature exigeait la conclusion d’une vente au détail comme condition préalable à la consommation taxable des biens achetés dans la province. Sur ce point, le juge Ritchie a dit, à la p. 888:

Lorsque la législature du Nouveau-Brunswick a modifié l’art. 4 de façon que le fardeau de la taxe repose sur le consommateur, elle a fait de la «vente» ou de l’«achat» une condition préalable à la consommation taxable, du moins pour les marchandises achetées au détail au Nouveau-Brunswick.

En l’espèce, il n’y a pas vente de catalogues à l’intérieur ou à l’extérieur de la province, au détail ou autrement. L’appelante est le producteur, non l’acheteur des catalogues, et les clients éventuels les reçoivent gratuitement. [Je souligne.]

Vu les circonstances, je ne peux souscrire à l’opinion du juge McLachlin selon laquelle la taxe pour les services sociaux et l’éducation avait été qualifiée, dans l’affaire *Simpsons-Sears*, de taxe sur les opérations plutôt que de taxe à la consommation. Il me semble que le juge Ritchie, s’exprimant au nom des juges majoritaires, a dit clairement dans le passage reproduit ci-dessus que la taxe visée à l’art. 4 est une taxe sur la consommation, bien qu’il ait noté que la conclusion d’une opération d’achat et de vente était une condition préalable à l’imposition de la taxe. Or, la condition préalable à l’imposition d’une taxe ne saurait de façon convaincante être qualifiée de matière imposable. Cette opinion est renforcée par le fait, déjà mentionné, que le Nouveau-Brunswick impose la taxe visée à l’art. 8 lorsque les biens sont consommés dans la province alors qu’il n’y a pas eu de vente au détail dans la province. Ma collègue le juge McLachlin est obligée d’affirmer au par. 30 de ses motifs que la *Loi sur la taxe pour les*

Social Services and Education Tax Act to create two different taxes. The difference between s. 4 and s. 8 is not that one creates a transaction tax and the other creates a consumption tax. There is a single tax in respect of consumption. The difference is that where goods are retailed in the province s. 5 qualifies s. 4 by imposing the “precondition” of a retail sale (as Ritchie J. termed it) but s. 5 cannot qualify s. 8 because by definition s. 8 only applies where no retail sale occurs within the territorial jurisdiction of the province. The interpretation accepted by McLachlin J. derives no support from *Simpsons-Sears*, where Ritchie J. said, at p. 887:

The “tax” referred to in both these sections is obviously “the tax” imposed by s. 4 which is the charging section and when that section is read in light of s. 5(1) the “consumption” therein referred to is to be construed as meaning a *consumption after sale* if the goods are to be purchased at retail within the Province. [Italics in original; underlining added.]

My colleague, McLachlin J., states in para. 27 that s. 5 “imposes a tax on sale” but if this is intended to suggest that s. 5 is a charging section, I respectfully disagree. As stated in *Simpsons-Sears*, the tax is imposed by s. 4. There is no reference in s. 4 to a sale of any description. While provincial taxes of this type are popularly known as retail sales taxes, the generic name is an oversimplification. Each taxation statute has to be considered in light of its particular terms. In the case of the New Brunswick statute, the sale referred to in s. 5 does no more than trigger payment and collection of a tax explicitly charged by s. 4 “in respect of” consumption.

services sociaux et l'éducation crée deux taxes distinctes, soit une taxe sur la consommation à l'art. 8 et une taxe sur l'opération d'achat et de vente à l'art. 4. Selon moi, rien n'indique que le législateur ait voulu que la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation* établisse deux taxes distinctes. La différence entre l'art. 4 et l'art. 8, ce n'est pas que l'un crée une taxe sur les opérations et l'autre une taxe à la consommation. Il y a une seule taxe sur la consommation. La différence, c'est que lorsque des biens sont vendus au détail dans la province, l'art. 5 ajoute à l'art. 4 en fixant comme «condition préalable» la conclusion d'une vente au détail (pour reprendre l'expression employée par le juge Ritchie) mais l'art. 5 ne peut modifier l'art. 8 parce que, par définition, celui-ci ne s'applique que dans les cas où il n'y a eu aucune vente au détail dans les limites de la compétence territoriale de la province. L'interprétation acceptée par le juge McLachlin n'est aucunement étayée par l'arrêt *Simpsons-Sears* où le juge Ritchie a dit, à la p. 887:

La «taxe» mentionnée dans ces deux articles est évidemment «la taxe» prévue à l'art. 4 qui est l'article taxateur et, quand cette disposition et le par. 5(1) sont pris ensemble, on doit interpréter la «consommation» comme *une consommation après vente* si les marchandises sont achetées au détail dans la province. [En italique dans l'original; je souligne.]

Ma collègue le juge McLachlin mentionne au par. 27 de ses motifs que l'art. 5 «établit une taxe sur les ventes», mais si elle entend par là que l'art. 5 est un article taxateur, avec égards, je ne suis pas d'accord. Comme il a été dit dans l'arrêt *Simpsons-Sears*, la taxe est imposée par l'art. 4. Or, cet article ne renvoie aucunement à une vente, quelle qu'elle soit. On appelle communément les taxes provinciales de cette nature taxes sur les ventes au détail, mais cette appellation générale est le fruit d'une simplification excessive. En effet, chaque loi fiscale doit être examinée à la lumière des termes particuliers qu'elle contient. Dans le cas de la loi du Nouveau-Brunswick, la vente à laquelle renvoie l'art. 5 ne fait que déclencher le paiement et la perception d'une taxe «sur» la consommation expressément imposée par l'art. 4.

66 As to the argument of McLachlin J. in para. 29 that “[i]f the sales tax were a true consumption tax, each use of taxable goods by the ultimate consumer would attract tax liability”, nothing in the Act suggests repetitive impositions of the tax in respect of use or consumption of the same goods, i.e., a consumer who buys a pair of pants is not expected to pay tax every time he or she puts the pants on. One-time imposition is entirely consistent with characterizing this tax as a consumption tax. Moreover, as Ritchie J. pointed out in *Simpsons-Sears*, at p. 889:

Incidental use such as that which the appellant [*Simpsons-Sears*] makes of its catalogue is not, in my opinion, “consumption” within the meaning of this section or of s. 4 of the statute.

67 The interpretation of the New Brunswick Act by this Court in *Simpsons-Sears* is therefore fully consistent with the granting of the s. 87 exemption to the respondents. The manner in which “the incidence of taxation falls upon the benefits to be taxed”, to quote again from this Court’s unanimous judgment in *Williams*, *supra*, at p. 885, is fixed by s. 4, the charging section, and is not altered by later sections in the taxing statute that deal with the legislative infrastructure for the payment and collection of the tax thus imposed.

68 I add parenthetically that the concerns raised by the province about the uncertainties of application and collection of a tax in respect of consumption seem already to be present in the case of out-of-province acquisitions which are consumed within the province which, as stated, the province has historically taxed under s. 8.

The Constitutional History

69 The respondents’ interpretation is also consistent with the constitutional history related by

Quant au point de vue exprimé par le juge McLachlin au par. 29 de ses motifs selon lequel «[s]i la taxe sur les ventes était véritablement une taxe à la consommation, chaque utilisation des biens taxables par le consommateur final ferait naître l’obligation fiscale», rien n’indique dans la Loi que la taxe soit imposable à répétition en ce qui concerne l’utilisation et la consommation des mêmes biens, c’est-à-dire que l’on ne s’attend pas à ce que le consommateur qui achète un pantalon s’acquitte de la taxe chaque fois qu’il le porte. L’imposition unique de la taxe est tout à fait compatible avec la qualification de taxe à la consommation. Au surplus, comme l’a souligné le juge Ritchie dans l’arrêt *Simpsons-Sears*, à la p. 889:

L’usage accessoire que [*Simpsons-Sears*] fait de ces catalogues ne constitue pas, selon moi, une «consommation» au sens de cet article ou de l’art. 4 de la Loi.

L’interprétation que notre Cour a donnée à la loi du Nouveau-Brunswick dans l’arrêt *Simpsons-Sears* est donc entièrement compatible avec le fait d’accorder aux intimés l’exemption prévue à l’art. 87. La façon dont «l’incidence fiscale joue sur les prestations à taxer», pour citer encore une fois les motifs de l’arrêt unanime que notre Cour a rendu dans l’affaire *Williams*, précité, à la p. 885, est prévue à l’art. 4, l’article taxateur, et n’est pas modifiée par les articles subséquents de la loi fiscale qui traitent de l’infrastructure législative se rapportant au paiement et à la perception de la taxe ainsi imposée.

J’ajoute entre parenthèses que les inquiétudes exprimées par la province à propos des incertitudes découlant de l’application et de la perception d’une taxe sur la consommation semblent déjà présentes pour ce qui est des biens acquis à l’extérieur de la province qui sont consommés à l’intérieur de celle-ci lesquels, rappelons-le, sont taxés traditionnellement par le gouvernement provincial en vertu de l’art. 8.

Le contexte constitutionnel

L’interprétation que proposent les intimés est également compatible avec le contexte constitu-

McLachlin J. at para. 21 *et seq.* The “consumer” orientation of modern provincial sales taxes stems from the constitutional prohibition on indirect taxation by the provinces. In the early years of this century the provinces faced the dilemma that a tax imposed on a transaction of purchase and sale would not pass constitutional muster because goods purchased can usually be resold for consumption by others. The tax in that event is passed along as part of the purchase price, and thus constitutes a constitutionally impermissible indirect tax. In *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934 (P.C.), the Judicial Committee struck down a provincial tax imposed on purchasers of fuel oil because, as stated, purchasers were not necessarily consumers and could always resell to other purchasers. One solution hit upon by the provinces (and it is evident here in the design of the New Brunswick *Social Services and Education Tax Act*) is to aim the tax explicitly at the consumer who, by definition, is at the end of the line and cannot pass along the goods (and the tax) to anyone else. As pointed out by McLachlin J., however, consumption taxes proved difficult to compute and collect. The provincial strategy was to devise methods of computation and collection without sacrificing the constitutional validity assured to them by imposing a tax “in respect of consumption”. The provinces found that they could have their constitutional cake and eat it too by imposing the tax in respect of consumption but making the tax payable at the time of sale, and designating the vendor as a provincial government agent for collection of the tax. This legislative device was upheld as valid in *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45 (P.C.), where the distinction between a transaction tax and a consumption tax was relied upon to uphold the constitutional validity of the provincial tax as a consumption tax. In that case and as quoted from

tionnel décrit par le juge McLachlin aux par. 21 et suiv. de ses motifs. L’orientation «axée sur le consommateur» des taxes sur les ventes provinciales contemporaines résulte de l’interdiction constitutionnelle faite aux provinces de recourir à la taxation indirecte. Au début du siècle, les provinces étaient confrontées à un dilemme car une taxe imposée sur une opération d’achat et de vente n’aurait pas été jugée valide sur le plan constitutionnel étant donné que l’on peut habituellement revendre des biens que l’on a achetés à d’autres personnes qui, elles, les consommeront. Dans un tel cas, la taxe est reportée sur autrui car elle fait alors partie du prix d’achat, et elle constitue une taxe indirecte, inacceptable sur le plan constitutionnel. Dans *Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934 (C.P.), le Comité judiciaire a annulé une taxe provinciale prélevée sur les acheteurs de mazout pour le motif que, comme il a déjà été mentionné, les acheteurs n’étaient pas nécessairement les consommateurs et pouvaient toujours revendre le mazout à d’autres acheteurs. L’une des solutions retenues par les provinces (tel qu’il ressort en l’espèce de l’économie de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l’éducation* du Nouveau-Brunswick) consiste à mettre expressément la taxe à la charge du consommateur qui, par définition, est le dernier en bout de ligne et ne peut transférer les biens (ni la taxe) à autrui. Comme l’a souligné le juge McLachlin, cependant, les taxes à la consommation se sont révélées difficiles à calculer et à percevoir. La stratégie des provinces a consisté à mettre au point des méthodes de calcul et de perception, sans toutefois en sacrifier la validité constitutionnelle, en imposant une taxe «sur la consommation». Les provinces se sont rendu compte qu’elles pouvaient avoir leur part du gâteau tout en respectant la Constitution en imposant une taxe sur la consommation, qui soit payable au moment de la vente et en désignant le vendeur en tant que représentant du gouvernement provincial aux fins de la perception de la taxe. Ce procédé législatif a été jugé valide dans l’arrêt *Attorney-General for British Columbia c. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45 (C.P.), dans lequel la distinction entre une taxe sur les opérations et une taxe à la consommation a servi de fondement à la décision

p. 49, the charging section of the taxing statute read:

2. For the raising of a revenue for Provincial purposes every person who consumes any fuel-oil in the Province shall pay to the Minister of Finance a tax in respect of that fuel-oil at the rate of one-half cent a gallon. [Emphasis added.]

With respect to this wording, Lord Thankerton stated, at p. 59:

... it is clear that the Act purports to exact the tax from a person who has consumed fuel-oil, the amount of the tax being computed broadly according to the amount consumed. The Act does not relate to any commercial transaction in the commodity between the taxpayer and some one else. Their Lordships are unable to find, on examination of the Act, any justification for the suggestion that the tax is truly imposed in respect of the transaction by which the taxpayer acquires the property in the fuel-oil nor in respect of any contract or arrangement under which the oil is consumed, though it is, of course, possible that individual taxpayers may recoup themselves by such a contract or arrangement; but this cannot effect [sic] the nature of the tax. [Emphasis added.]

70

In my opinion, New Brunswick, having levied a tax “in respect of consumption” to finesse any constitutional challenge to its validity, should not be relieved of the consequences of that characterization when the statute is subjected to scrutiny under s. 87 of the *Indian Act*. This reading of *Kingcome Navigation, supra*, seems to be confirmed by La Forest J. in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, where he notes at p. 1174:

A virtually identical provision in the British Columbia *Fuel-oil Tax Act*, R.S.B.C. 1924, c. 251, had been struck down by the Privy Council in *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934, on the ground that since the initial purchaser could always resell the commodity and thereby pass on the tax, it was not a direct tax within the mean-

confirmant la validité constitutionnelle de la taxe provinciale en tant que taxe à la consommation. Dans cette affaire, l'article taxateur, cité à la p. 49, était libellé ainsi:

[TRADUCTION]

2. Afin de créer un revenu pour des fins provinciales, toute personne qui consomme du mazout dans la province doit verser au ministre des Finances une taxe à l'égard de ce mazout au taux d'un demi cent le gallon. [Je souligne.]

En ce qui concerne cet article, lord Thankerton a dit, à la p. 59:

[TRADUCTION] ... il est clair que la Loi vise à percevoir la taxe de la personne qui a consommé du mazout, le montant de la taxe étant calculé généralement en fonction de la quantité consommée. La Loi ne vise pas les opérations commerciales ayant lieu entre le contribuable et une autre partie à l'égard du produit. Leurs Seigneuries sont incapables de trouver, après avoir examiné la Loi, quelque justification à la proposition selon laquelle la taxe est, en fait, imposée à l'égard de l'opération par laquelle le contribuable acquiert le mazout ni à l'égard d'un contrat ou d'un accord en vertu duquel le mazout est consommé, même si, bien entendu, il se peut que le contribuable récupère la somme qu'il a versée par l'entremise d'un tel contrat ou d'un tel accord; toutefois, cela ne saurait changer la nature de la taxe. [Je souligne.]

À mon avis, le Nouveau-Brunswick, ayant perçu une taxe «sur la consommation» afin d'éviter adroitement que la validité de la taxe ne soit contestée sur le plan constitutionnel, ne doit pas échapper aux conséquences d'une telle qualification lorsque la loi fait l'objet d'un examen fondé sur l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*. Une telle interprétation de l'arrêt *Kingcome Navigation*, précité, semble être confirmée par le juge La Forest dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, dans lequel il fait remarquer, à la p. 1174:

Une disposition presque identique de la *Fuel-oil Tax Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1924, chap. 251, avait été invalidée par le Conseil privé dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934, pour le motif que, comme l'acheteur initial pouvait toujours revendre le produit et donc reporter la taxe sur autrui, il

ing of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. Oddly enough, though the *Fuel-oil Tax Act* was shortly afterwards amended so as to impose the tax directly on the consumer, an approach later held by the Privy Council to conform to the constitutional requirements of s. 92(2) (see *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45), no such step was taken in respect of the Act impugned in the present case until 1976. [Emphasis added.]

At paragraph 25 of her reasons, McLachlin J. draws comfort from *Air Canada* for her characterization of the New Brunswick tax as a transaction tax. In that case, it will be remembered, the charging section of the statute (*Gasoline Tax Act*), quoted in *Air Canada* at p. 1175, provided:

25. . . .

(2) Every purchaser shall pay to Her Majesty for the purpose of raising revenue for Provincial purposes a tax of 15¢ a gallon on all gasoline purchased by him. . . . [Emphasis added.]

The taxpayer is thus functionally identified as a purchaser rather than as a consumer, and it was held by La Forest J. that references in the statute to “use” and “consumption” of gasoline were words of description rather than words of imposition. See La Forest J., at p. 1187:

The airlines argued that the tax was a tax on the consumption of gasoline. Since most of that consumption, so far as the airlines were concerned, was in the airspace, which falls outside the province (see *R. in right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303), the tax was imposed outside the province. I cannot agree with this contention. The Act clearly does not impose a consumption tax. The references in the definition to consumption or use merely define the taxpayer, i.e., a purchaser who buys gasoline for his own use. Since the tax is imposed in the province in respect of the purchase of gasoline, it does not matter where the gasoline is consumed, whether it is in the airspace or in another province. [Emphasis added.]

As has been noted, the charging section at issue in *Air Canada* was very different from the charg-

ne s’agissait pas de taxation directe au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si étrange que cela puisse paraître, bien que la *Fuel-oil Tax Act* ait été modifiée peu après afin de prélever la taxe directement sur le consommateur, ce que le Conseil privé a par la suite jugé conforme aux exigences constitutionnelles du par. 92(2) (voir *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45), ce n’est qu’en 1976 qu’on a pris une telle mesure à l’égard de la loi attaquée en l’espèce. [Je souligne.]

Au paragraphe 25 de ses motifs, le juge McLachlin se fonde sur l’arrêt *Air Canada* pour qualifier la taxe du Nouveau-Brunswick de taxe sur les opérations. Dans cette affaire, rappelons-le, l’article taxateur de la loi (*Gasoline Tax Act*), cité dans *Air Canada* à la p. 1175, prévoyait:

[TRADUCTION]

25. . . .

(2) Tout acheteur est tenu de verser à Sa Majesté, afin de produire un revenu pour des objets provinciaux, une taxe de 15 cents le gallon sur l’essence achetée par lui . . . [Je souligne.]

Le contribuable est donc considéré sur le plan fonctionnel comme un acheteur plutôt qu’un consommateur; d’ailleurs, le juge La Forest a statué que les mots «usage» et «consommation» d’essence utilisés dans la loi étaient des mots servant à décrire la taxe plutôt qu’à l’imposer. Voir les motifs du juge La Forest, à la p. 1187:

Les lignes aériennes ont soutenu qu’il s’agissait d’une taxe sur la consommation d’essence. Comme, dans le cas des lignes aériennes, cette consommation se fait en majeure partie dans l’espace aérien, lequel se trouve en dehors de la province (voir *R. du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303), la taxe a été imposée à l’extérieur de la province. Je ne puis accepter cet argument. La loi n’impose manifestement pas une taxe à la consommation. Si la définition parle de consommation ou d’usage, c’est simplement pour définir le contribuable, c.-à-d. un acheteur qui se procure de l’essence pour son propre usage. Puisque la taxe frappe l’essence achetée dans les limites de la province, le lieu de consommation de cette essence n’a pas d’importance, qu’il s’agisse de l’espace aérien ou d’une autre province. [Je souligne.]

Comme il a déjà été souligné, l’article taxateur en cause dans l’arrêt *Air Canada* était très différent

ing section in this case, and the fact in *Air Canada* a tax on “the purchaser” was held not to be a consumption tax is, with respect, not determinative here. For our purposes, the question is whether the references in the New Brunswick *Social Services and Education Tax Act* to “consumer” and “consumption” are merely descriptive of the purchaser (as in *Air Canada*) or identify the subject matter of the tax (as in *Kingcome Navigation*). If indeed the New Brunswick tax is charged in respect of the transaction of purchase and sale, then (subject to any constitutional infirmities) it would have to be concluded that as neither the purchaser nor the goods were situated on a reserve at the time of the transaction, the tax is exigible. On the other hand, if the particular design of the New Brunswick statute does indeed impose the tax in respect of consumption (as s. 4 says) and consumption occurs primarily on an Indian reserve, as it does according to the agreed facts, there should be no tax payable.

de celui dont il est question en l'espèce, et j'estime, avec égards, que la conclusion tirée dans cet arrêt qu'une taxe prélevée sur «l'acheteur» n'était pas une taxe à la consommation n'est pas concluante en ce qui concerne la présente affaire. La question qui nous intéresse est de savoir si les mots «consommateur» et «consommation» employés dans la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation* du Nouveau-Brunswick ne servent qu'à définir l'acheteur (comme c'était le cas dans *Air Canada*), ou encore s'ils déterminent l'objet de la taxe (comme c'était le cas dans *Kingcome Navigation*). Si, de fait, la taxe du Nouveau-Brunswick frappe l'opération d'achat et de vente, il faut conclure (sous réserve de manquements sur le plan constitutionnel, le cas échéant) que la taxe est exigible, étant donné que ni l'acheteur ni les biens ne se trouvaient dans la réserve au moment de l'opération. En revanche, si, de fait, le régime instauré par la loi du Nouveau-Brunswick impose une taxe sur la consommation des biens visés (comme le dit l'art. 4), et si cette dernière a principalement lieu dans une réserve indienne, comme le confirment les faits dont les parties ont convenu, aucune taxe ne devrait être exigible.

73 The other case cited in support of the characterization of the tax by McLachlin J. is the Newfoundland trial level judgment in *Miawpukek Indian Band v. Newfoundland (Minister of Finance)* (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 164. The short passage reproduced by my colleague constitutes the entirety of the learned trial judge's discussion of the point, which is simply stated as a conclusion unsupported by any analysis, and is therefore, in my respectful view, of little assistance to this Court.

L'autre décision que cite le juge McLachlin pour étayer la façon dont elle qualifie la taxe est le jugement de première instance rendu par la Cour suprême de Terre-Neuve dans l'affaire *Miawpukek Indian Band c. Newfoundland (Minister of Finance)* (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 164. Le court extrait reproduit par ma collègue couvre en entier l'analyse que le juge de première instance a faite de la question, et j'estime, avec égards, qu'il s'agit d'une simple conclusion qui n'est étayée par aucune analyse et qui, par conséquent, n'est d'aucun secours en ce qui concerne la présente affaire.

Application of the Nowegijick Principle

L'application du principe de l'arrêt Nowegijick

74 As stated, the charging section (s. 4) of the Act says that it is a tax “in respect of the consumption” and I see nothing else in the Act to contradict that characterization. However, if I am wrong in that analysis, the very least that can be said is that the differences of opinion here and in the courts below about the interplay of the concepts of purchase and consumption in this statute show that reasonable

Comme il a déjà été mentionné, l'article taxateur (art. 4) de la Loi prévoit que la taxe est imposée «sur la consommation» et, à mon avis, aucune autre disposition de la Loi ne va à l'encontre d'une telle qualification. Cependant, dans le cas où mon analyse serait erronée à cet égard, le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il ressort des divergences d'opinions en l'espèce et dans les décisions des

people differ in their interpretation of the New Brunswick Act. In a word, some of the key provisions are ambiguous in their meaning and effect. In these circumstances, the applicable rule is that any ambiguities in the New Brunswick statute should be resolved in favour of the Indian taxpayers (*Nowegijick*). Unless the Court is now prepared to resile from the fundamental *Nowegijick* rule resolving statutory ambiguities in favour of the Indian taxpayer, then it seems to me s. 87 of the *Indian Act* applies and the appeal must be dismissed.

Giving Indian People a Meaningful Choice

In *Williams, supra*, Gonthier J. (for the Court at p. 887) outlined “the choice” confronting Indian people in respect of their personal property:

Therefore, under the *Indian Act*, an Indian has a choice with regard to his personal property. The Indian may situate this property on the reserve, in which case it is within the protected area and free from seizure and taxation, or the Indian may situate this property off the reserve, in which case it is outside the protected area, and more fully available for ordinary commercial purposes in society. Whether the Indian wishes to remain within the protected reserve system or integrate more fully into the larger commercial world is a choice left to the Indian.

In the present case, we are dealing with personal property which, it is agreed, the Indians have chosen to locate and consume on the reserve. New Brunswick seeks to deny Indian people the tax benefit of that choice, not because the Indians have decided to “integrate more fully into the larger commercial world”, but because the absence of appropriate retail stores on the reserve compels the Indians to shop off the reserve. The result of the majority decision to allow the appeal in this case is to defeat the assurance in *Williams, supra*, and in *Mitchell, supra*, that s. 87 is designed to give

juridictions inférieures à propos des rapports entre les concepts de l’achat et de la consommation dans la loi du Nouveau-Brunswick que cette dernière peut être interprétée différemment par des personnes raisonnables. En bref, la signification et l’effet de certaines des dispositions clés de la loi sont ambigus. Vu les circonstances, la règle qu’il convient d’appliquer est que toute ambiguïté de la loi du Nouveau-Brunswick doit profiter aux contribuables indiens (*Nowegijick*). À moins que la Cour ne soit disposée à revenir sur la règle fondamentale de l’arrêt *Nowegijick* selon laquelle les ambiguïtés de la loi doivent profiter au contribuable indien, il me semble que l’art. 87 de la *Loi sur les Indiens* s’applique et que le pourvoi doit être rejeté.

Offrir aux Indiens un choix réel

Dans l’arrêt *Williams*, précité, le juge Gonthier (s’exprimant au nom de la Cour, à la p. 887) a décrit «le choix» auquel les Indiens étaient confrontés en ce qui concerne leurs biens meubles:

En conséquence, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, un Indien jouit d’un choix en ce qui concerne ses biens personnels. L’Indien peut situer ces biens sur la réserve, auquel cas les biens sont protégés contre la saisie et la taxation, ou il peut les situer hors de la réserve, auquel cas les biens sont situés à l’extérieur de la zone protégée et peuvent davantage être utilisés dans le cours des opérations commerciales ordinaires dans la société. Il appartient à l’Indien de décider s’il désire bénéficier du système de protection que constitue la réserve ou s’il veut s’intégrer davantage dans l’ensemble du monde des affaires.

Les biens meubles dont il est question en l’espèce sont, d’après ce que les parties ont convenu, des biens que les Indiens ont choisi de situer et de consommer dans la réserve. Le Nouveau-Brunswick cherche à nier aux Indiens l’avantage fiscal qui découle de ce choix, non pas parce que les Indiens ont décidé de «s’intégrer davantage dans l’ensemble du monde des affaires», mais bien parce que l’absence d’établissements de vente au détail convenables dans les réserves les force à magasiner à l’extérieur de celles-ci. La décision des juges majoritaires d’accueillir le présent pourvoi a pour effet de battre en brèche l’assurance donnée par les arrêts *Williams* et *Mitchell*, précités,

status Indian people a meaningful tax choice in the location of their personal property.

Subsequent Removal of Property from the Reserve

77

In the foregoing discussion, reference has been made to personal property “primarily located” on a reserve. The concept of “primary location” is intended to avoid the administrative inconvenience of shifting tax treatment every time the personal property in question crosses the boundary of the reserve. In *Mitchell*, *supra*, La Forest J. referred at pp. 132-33, with approval, to the concept of primary or paramount location:

In another recent decision, *Leighton v. B.C. (Gov't)*, [1989] 3 C.N.L.R. 136, the British Columbia Court of Appeal again had occasion to consider the significance of the phrase “situated on a reserve” in s. 87(b) of the *Indian Act*. In what I take to be a sound approach, Lambert J.A. held that when considering whether tangible personal property owned by Indians can benefit from the exemption from taxation provided for in s. 87, it will be appropriate to examine the pattern of use and safekeeping of the property in order to determine if the paramount location of the property is indeed situated on the reserve. I have no doubt that it will normally be appropriate to take a fair and liberal approach to the problem whether the paramount location of tangible property or a chose-in-action is situated on the reserve: see *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. B.C. (Gov't)* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 308 (C.A.).

78

It seems to me inconsistent with this “sound approach” for the Court in the present case to conclude that the one and only thread in the “pattern of use and safekeeping” which controls the tax treatment is the *situs* of the personal property at the moment of acquisition, irrespective of the fact that the “paramount location” of the use and consumption of the personal property is “situated on a reserve” in the literal and physical sense of the words in s. 87(1)(b) of the *Indian Act*. Even if some importance is to be attached to *situs* at the moment of acquisition, the issue here is not unidimensional, and acquisition should be placed in the larger context of the realities of life on a New Brunswick reserve. The “paramount location”

que l’art. 87 a été conçu de manière à offrir aux Indiens inscrits un choix réel en matière fiscale quant à l’emplacement de leurs biens meubles.

L’enlèvement ultérieur des biens de la réserve

Dans l’analyse qui précède, j’ai parlé de biens meubles «principalement situés» dans une réserve. Le concept d’«emplacement principal» vise à éviter l’inconvénient administratif de devoir changer de traitement fiscal chaque fois que les biens meubles en cause franchissent les limites de la réserve. Dans l’arrêt *Mitchell*, précité, le juge La Forest a renvoyé avec approbation, aux pp. 132 et 133, au concept d’emplacement principal ou prépondérant:

Dans un autre arrêt récent, *Leighton v. B.C. (Gov't)*, [1989] 3 C.N.L.R. 136, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a encore eu l’occasion d’examiner le sens de l’expression «situés sur une réserve» à l’al. 87b) de la *Loi sur les Indiens*. En utilisant une méthode que j’estime judicieuse, le juge Lambert de la Cour d’appel a conclu que, pour décider si des biens personnels tangibles appartenant à des Indiens peuvent être exemptés de taxation en vertu de l’art. 87, il est approprié d’examiner le genre d’usage et de garde du bien pour déterminer si l’emplacement prépondérant du bien est vraiment situé sur une réserve. Je ne doute pas qu’il sera normalement approprié d’aborder de façon juste et libérale la question de savoir si l’emplacement prépondérant du bien tangible ou du droit d’action est situé sur une réserve; voir l’arrêt *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. B.C. (Gov't)* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 308 (C.A.).

Il me semble que la Cour agirait de manière incompatible avec cette «interprétation judicieuse» en concluant en l’espèce que le seul et unique aspect du «genre d’usage et de garde» du bien meuble qui gouverne le choix du traitement fiscal à appliquer est le *situs* de ce dernier au moment de son acquisition, indépendamment du fait que l’«emplacement prépondérant» du bien lors de son usage et de sa consommation est «situ[é] sur une réserve», au sens littéral et physique dans lequel cette expression est employée à l’al. 87(1)b) de la *Loi sur les Indiens*. Même si l’on doit attacher une certaine importance au *situs* du bien au moment de son acquisition, la question qui se pose en l’espèce n’est pas unidimensionnelle, et l’acquisition du

approach endorsed by this Court in *Mitchell*, reflects a purposive approach to s. 87(1)(b). For this reason, as well, the provincial Attorney General's argument should be rejected.

Additional Policy Considerations

My colleague, McLachlin J., at the conclusion of her discussion of the purpose of s. 87 (paras. 41 to 45), reviews a number of policy arguments designed to show the mixed benefits and burdens for status Indian people across the country if the respondents' contentions are accepted. She points out, correctly, that taxes imposed by Indian bands themselves on retail sales on reserves may become an important source of income, and that there are real advantages for off-reserve Indians in being able to make on-reserve purchases free of tax if a "point of sale" exemption is allowed. On this theory, the goods would then be consumed tax free off the reserve. In my view, however, it is not the purpose of s. 87 to allow merchants on reserves to compete on a tax-free basis with off-reserve merchants for business in the broader community. Moreover, in terms of financing Indian self-government, the present wording of s. 87 is not immutable. The s. 87 exemption is the creature of an ordinary federal statute and can be expanded or redefined as Parliament sees fit. The successful financing of Indian government does not turn on the present wording of s. 87, or on the outcome of this appeal.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed, GONTHIER and BINNIE JJ. dissenting.

bien doit être analysée en fonction du contexte plus général des réalités de la vie dans une réserve du Nouveau-Brunswick. L'interprétation fondée sur l'«emplacement prépondérant», que notre Cour a adoptée dans l'arrêt *Mitchell*, reflète une interprétation de l'al. 87(1)(b) fondée sur l'objet visé. Pour cette autre raison, l'argument du procureur général de la province doit être rejeté.

Autres considérations de principe

Ma collègue le juge McLachlin termine son analyse de l'objet de l'art. 87 (aux par. 41 à 45) en examinant un certain nombre d'arguments de principe visant à démontrer tant les avantages dont jouiraient les Indiens inscrits partout au pays que le fardeau qui leur serait imposé si la Cour acceptait les prétentions des intimés. Elle fait remarquer, à juste titre, que les taxes imposées par les bandes indiennes elles-mêmes sur les ventes au détail effectuées dans les réserves pourraient devenir une importante source de revenu, et qu'il serait avantageux de permettre aux Indiens qui ne vivent pas dans des réserves d'acheter des biens en franchise s'ils pouvaient bénéficier d'une exemption fiscale fondée sur le «point de vente». Dans un tel cas, les biens seraient consommés exempts de taxe à l'extérieur de la réserve. À mon avis, cependant, l'objet de l'art. 87 ne vise pas à permettre aux commerçants installés dans les réserves de faire concurrence à ceux qui font affaires à l'extérieur de celles-ci en offrant aux consommateurs, qu'ils résident dans les réserves ou non, des biens exempts de taxe. En outre, pour ce qui est de financer l'autonomie gouvernementale des Indiens, le libellé actuel de l'art. 87 n'est pas immuable. En effet, l'exemption visée à l'art. 87 est prévue par une loi fédérale ordinaire et elle peut toujours être étendue ou redéfinie par le législateur fédéral. Le financement adéquat des gouvernements indiens ne repose ni sur le libellé actuel de l'art. 87, ni sur l'issue du présent pourvoi.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli, les juges GONTHIER et BINNIE sont dissidents.

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

Solicitors for the respondents: Davis & Company, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

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

Solicitors for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Estchee), the Cree Regional Authority, Matthew Coon Come, Violet Pachanos and Bill Namagoose: Byers, Casgrain, Montreal.

Procureur des appelants: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureurs des intimés: Davis & Company, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

Procureurs des intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee), l'Administration régionale crie, Matthew Coon Come, Violet Pachanos et Bill Namagoose: Byers, Casgrain, Montréal.

James Puskas *Appellant, Respondent on the Application*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent, Applicant on the Application*

and between

Delbert Ross Chatwell *Appellant, Respondent on the Application*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent, Applicant on the Application*

INDEXED AS: R. v. PUSKAS

File Nos.: 26373, 26492.

Hearing and judgment: May 4, 1998.

Reasons delivered: June 18, 1998.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

APPLICATIONS BEFORE THE SUPREME COURT OF CANADA

Courts — Procedure — Appeal as of right — Procedure giving rise to appeal as of right existing before appeal as of right abolished — Conditions precedent to appeal as of right met only after appeal as of right abolished — Whether appeals should be quashed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(2).

Applications to quash two appeals, purportedly brought as of right, were based on the recent changes to s. 691(2) of the *Criminal Code* (effective May 14, 1997) which eliminated an appeal as of right if an acquittal or its equivalent were overturned by a court of appeal and a new trial ordered. Both appellants (respondents on the applications) had either been acquitted or received a stay tantamount to an acquittal before May 14, 1997. The Court of Appeal overturned these verdicts and ordered

James Puskas *Appellant, Intimé dans la requête*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée, Requérante dans la requête*

et entre

Delbert Ross Chatwell *Appellant, Intimé dans la requête*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée, Requérante dans la requête*

RÉPERTORIÉ: R. c. PUSKAS

N^{os} du greffe: 26373, 26492.

Audition et jugement: 4 mai 1998.

Motifs déposés: 18 juin 1998.

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

REQUÊTES PRÉSENTÉES À LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Tribunaux — Procédure — Appel de plein droit — Procédure ayant donné lieu à l'appel de plein droit déjà engagée avant l'abolition de l'appel de plein droit — Conditions préalables à l'appel de plein droit réunies uniquement après l'abolition de l'appel de plein droit — Les appels doivent-ils être annulés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(2).

Des requêtes en annulation de deux appels censément interjetés de plein droit ont été présentées sur le fondement de modifications récentes au par. 691(2) du *Code criminel* (entrées en vigueur le 14 mai 1997) qui ont aboli l'appel de plein droit lorsqu'un acquittement ou l'équivalent d'un acquittement est annulé par une cour d'appel et qu'un nouveau procès est ordonné. Avant le 14 mai 1997, un des appelants (qui sont intimés dans les présentes requêtes) a été acquitté et l'autre a obtenu un

new trials after the new provision had come into force. At issue is whether the applications to quash the appeals should be allowed on the ground that the right has been eliminated.

Held: The applications should be granted.

Since no authority was specifically applicable, the Court determined the matter on the basis of statutory interpretation and principle. The ability to appeal as of right to this Court is only "acquired," "accrued" or "accruing" upon the court of appeal's rendering judgment. A right cannot accrue, be acquired, or be accruing until all conditions precedent to the exercise of the right have been fulfilled. Since all conditions precedent existing under the former s. 691(2) had not been fulfilled, the *Interpretation Act* did not exclude the cases at bar from the operation of s. 44 of this Act which provides that every proceeding taken under the former enactment shall be taken up and continued under and in conformity with the new enactment in so far as it may be done consistently with the new enactment. The old proceedings therefore should be continued under the new enactment. The appeals were quashed because the new enactment does not grant an appeal as of right.

Counsel for the accused requested, at the hearing of these motions, and were granted an extension of time for filing an application for leave.

Cases Cited

Considered: *Singer v. The King*, [1932] S.C.R. 70; *Kootenay & Elk Railway Co. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1971] S.C.R. 600; **distinguished:** *Boyer v. The King*, [1949] S.C.R. 89; *Marcotte v. The King*, [1950] S.C.R. 352; **referred to:** *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038; *Williams v. Irvine* (1893), 22 S.C.R. 108; *Cowen v. Evans* (1893), 22 S.C.R. 331; *Mitchell v. Trenholme* (1893), 22 S.C.R. 333; *Doran v. Jewell* (1914), 49 S.C.R. 88; *Hyde v. Lindsay* (1898), 29 S.C.R. 99; *Hurtubise v. Desmarteau* (1891), 19 S.C.R. 562; *Scott v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1992), 95 D.L.R. (4th) 706.

arrêt des procédures équivalant à un acquittement. Après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, la Cour d'appel a annulé ces décisions et ordonné la tenue de nouveaux procès. La question en litige consiste à décider si les requêtes en annulation des appels devraient être accueillies pour cause d'abolition du droit de faire appel de plein droit.

Arrêt: Les requêtes sont accueillies.

Comme aucun précédent ne s'appliquait spécifiquement aux présents cas, la Cour a tranché la question en se fondant sur l'interprétation de la loi et sur les principes. La capacité de faire appel à la Cour n'est acquise («*acquired*», «*accrued*» ou «*accruing*») qu'au moment où la cour d'appel rend jugement. Un droit ne peut pas être acquis tant que toutes les conditions préalables à son exercice n'ont pas été remplies. Étant donné que les conditions préalables prévues par l'ancien par. 691(2) n'avaient pas toutes été remplies, la *Loi d'interprétation* ne soustrayait pas les présents cas à l'application de l'art. 44 de cette loi, qui indique que les procédures engagées sous le régime du texte antérieur se poursuivent conformément au nouveau texte, dans la mesure de leur compatibilité avec celui-ci. Les procédures déjà engagées doivent être poursuivies en vertu du nouveau texte. Les appels ont été annulés parce que le nouveau texte ne crée pas d'appel de plein droit.

À l'audition des présentes requêtes, les avocats des accusés ont demandé et obtenu une prorogation du délai pour déposer une demande d'autorisation d'appel.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Singer c. The King*, [1932] R.C.S. 70; *Kootenay & Elk Railway Co. c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1971] R.C.S. 600; **distinction d'avec les arrêts:** *Boyer c. The King*, [1949] R.C.S. 89; *Marcotte c. The King*, [1950] R.C.S. 352; **arrêts mentionnés:** *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038; *Williams c. Irvine* (1893), 22 R.C.S. 108; *Cowen c. Evans* (1893), 22 R.C.S. 331; *Mitchell c. Trenholme* (1893), 22 R.C.S. 333; *Doran c. Jewell* (1914), 49 R.C.S. 88; *Hyde c. Lindsay* (1898), 29 R.C.S. 99; *Hurtubise c. Desmarteau* (1891), 19 R.C.S. 562; *Scott c. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1992), 95 D.L.R. (4th) 706.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend the Supreme Court Act, S.C. 1949, c. 37, s. 3.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(2) [as am. by *Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 99].
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 43(c), 44(c), (d).

APPLICATION to quash appeal (*R. v. Puskas*, File No. 26373) purportedly brought as of right from judgment of the Ontario Court of Appeal (1997), 36 O.R. (3d) 474, 120 C.C.C. (3d) 548, 104 O.A.C. 310, [1997] O.J. No. 4665 (QL), allowing an appeal from an acquittal by Marshall J. Application granted.

APPLICATION to quash appeal (*R. v. Chatwell*, File No. 26492) purportedly brought as of right from judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 122 C.C.C. (3d) 162, 106 O.A.C. 226, [1998] O.J. No. 206 (QL), allowing an appeal from stay of proceedings entered by Salhany J. Application granted.

Robert Frater, for the respondent, applicant on the application to quash in *R. v. Puskas*.

Jennifer Woollcombe, for the respondent, applicant on the application to quash in *R. v. Chatwell*.

James Lockyer, for the appellants, respondents on the applications to quash.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — Before the Court are motions to quash two appeals, purported to be brought as of right from the Ontario Court of Appeal. Both motions are based on the recent changes to s. 691(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, enacted by s. 99 of the *Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, and proclaimed, May 14, 1997, in SI/97-62. These changes eliminated the right of a criminal accused to appeal to this Court without obtaining leave if his or her acquittal (or a stay of proceedings,

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(2) [mod. par. *Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, ch. 18, art. 99].
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 43c), 44c), d).
Loi modifiant la Loi de la Cour suprême, S.C. 1949, ch. 37, art. 3.

REQUÊTE en annulation d'un pourvoi (*R. c. Puskas*, n° du greffe 26373) censément interjeté de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1997), 36 O.R. (3d) 474, 120 C.C.C. (3d) 548, 104 O.A.C. 310, [1997] O.J. No. 4665 (QL), qui a accueilli l'appel formé contre l'acquittement prononcé par le juge Marshall. Requête accueillie.

REQUÊTE en annulation d'un pourvoi (*R. c. Chatwell*, n° du greffe 26492) censément interjeté de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 122 C.C.C. (3d) 162, 106 O.A.C. 226, [1998] O.J. No. 206 (QL), qui a accueilli l'appel formé contre l'arrêt des procédures prononcé par le juge Salhany. Requête accueillie.

Robert Frater, pour l'intimée, requérante dans la requête en annulation dans *R. c. Puskas*.

Jennifer Woollcombe, pour l'intimée, requérante dans la requête en annulation dans *R. c. Chatwell*.

James Lockyer, pour les appelants, intimés dans les requêtes en annulation.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — La Cour est saisie de requêtes en annulation de deux appels censément interjetés de plein droit à l'encontre de deux décisions de la Cour d'appel de l'Ontario. Les deux requêtes sont fondées sur les modifications apportées récemment au par. 691(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, édictées par l'art. 99 de la *Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997, ch. 18, et proclamées en vigueur le 14 mai 1997 dans TR/97-62. Ces modifications ont aboli le droit qu'avait un accusé, au

which is tantamount to an acquittal — *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594) was overturned by a Court of Appeal, and a new trial was ordered.

2 While it is unnecessary, for the purpose of this motion, to get into the substantive merits of either case, it is useful to set out their procedural histories, keeping in mind that the relevant date for the change to the legislation is the date on which it came into force: May 14, 1997. On February 15, 1994, Mr. Chatwell was charged with one count of sexual interference and one count of sexual assault. On January 10, 1997, Salhany J. of the Ontario Court (General Division) ordered a stay of proceedings because of unreasonable delay. On February 4, 1997, the Attorney General for Ontario filed a Notice of Appeal to the Ontario Court of Appeal from the decision of Salhany J. The appeal was heard by a panel of that Court on January 16, 1998, and judgment was reserved. On January 22, the Court of Appeal released its unanimous judgment. The Crown's appeal was allowed, the stay was lifted, and the matter was remitted for trial.

3 The history of Mr. Puskas' case is similar. On September 9, 1995, he was charged with two narcotics offences. On February 17, 1997, he was acquitted on both charges. On March 11, 1997, the Attorney General of Canada filed a Notice of Appeal. That appeal was heard on October 30, 1997, and on November 19, 1997, a panel of the Ontario Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial.

4 Under the former s. 691(2) of the *Code*, both Mr. Puskas and Mr. Chatwell clearly would have been entitled to appeal to this Court "as of right" (that is, without having to obtain leave). Mr. Puskas and Mr. Chatwell both filed Notices of Appeal as of right in this Court in reliance of the previous provision of the *Code*. In turn, the Attorney Gen-

criminel, de se pourvoir devant notre Cour sans obtenir l'autorisation de le faire si son acquittement (ou l'arrêt des procédures prononcé à son égard, qui équivaut à un acquittement — *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594) avait été annulé par une cour d'appel et si un nouveau procès avait été ordonné.

Même s'il n'est pas nécessaire, aux fins des présentes requêtes, d'examiner au fond l'un ou l'autre cas, il est néanmoins utile d'exposer l'historique procédural de chacun, en se rappelant que la date pertinente en ce qui concerne la modification apportée à la loi est la date de son entrée en vigueur: le 14 mai 1997. Le 15 février 1994, M. Chatwell a été inculpé d'un chef d'accusation de contacts sexuels et d'un chef d'accusation d'agression sexuelle. Le 10 janvier 1997, le juge Salhany de la Cour de l'Ontario (Division générale) a ordonné l'arrêt des procédures pour cause de délai déraisonnable. Le 4 février 1997, le procureur général de l'Ontario a déposé à la Cour d'appel de l'Ontario un avis d'appel à l'encontre de la décision du juge Salhany. L'appel a été entendu par une formation de cette cour le 16 janvier 1998 et l'affaire a été mise en délibéré. Le 22 janvier, la Cour d'appel a rendu un jugement unanime. L'appel du ministère public a été accueilli, l'arrêt des procédures a été levé et l'affaire a été renvoyée pour la tenue d'un procès.

L'historique du cas de M. Puskas est similaire. Le 9 septembre 1995, ce dernier a été accusé de deux infractions en matière de stupéfiants. Le 17 février 1997, il a été acquitté des deux accusations. Le 11 mars 1997, le procureur général du Canada a déposé un avis d'appel. L'appel a été entendu le 30 octobre 1997 et, le 19 novembre 1997, une formation de la Cour d'appel de l'Ontario a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

En vertu de l'ancien par. 691(2) du *Code*, tant M. Puskas que M. Chatwell auraient manifestement été autorisés à se pourvoir «de plein droit» devant notre Cour (c'est-à-dire sans devoir obtenir l'autorisation de le faire). M. Puskas et M. Chatwell ont tous deux déposé un avis d'appel de plein droit auprès de notre Cour en se fondant

eral of Canada sought to quash the Puskas appeal and the Attorney General for Ontario sought to quash the Chatwell appeal on the grounds that, under the amended section, that right has been eliminated. We granted both motions and quashed the appeals from the bench, with reasons to follow.

Our conclusion is based largely on s. 44 of the federal *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21. That section states in part:

44. Where an enactment, in this section called the “former enactment”, is repealed and another enactment, in this section called the “new enactment”, is substituted therefor,

(c) every proceeding taken under the former enactment shall be taken up and continued under and in conformity with the new enactment in so far as it may be done consistently with the new enactment;

(d) the procedure established by the new enactment shall be followed as far as it can be adapted thereto

(ii) in the enforcement of rights, existing or accruing under the former enactment, and

(iii) in a proceeding in relation to matters that have happened before the repeal. . . .

Subsection (c) is particularly instructive in this instance. Subsection (c) as it may be applied to the cases at bar suggests that a proceeding which was taken under the *Code* as it stood before May 14, 1997 should be “taken up and continued under and in conformity with” the *Code* as amended, upon the coming into force of that amendment. In other words, proceedings that commenced before the amendment was made should generally continue in accordance with the amendment.

Of course, s. 44 cannot be read in isolation from the other provisions of the *Interpretation Act*. In particular, the appellants (respondents to the motion) argue that s. 43(c) of the Act operates to

sur l’ancienne disposition du *Code*. De son côté, le procureur général du Canada a demandé l’annulation de l’appel de Puskas, et le procureur général de l’Ontario, l’annulation de l’appel de Chatwell pour le motif que, sous le régime de l’article modifié, le droit invoqué a été aboli. Nous avons accueilli les deux requêtes et annulé les appels séance tenante, en indiquant que des motifs suivraient.

Notre conclusion est fondée en grande partie sur l’art. 44 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui est rédigé en partie ainsi:

44. En cas d’abrogation et de remplacement, les règles suivantes s’appliquent:

c) les procédures engagées sous le régime du texte antérieur se poursuivent conformément au nouveau texte, dans la mesure de leur compatibilité avec celui-ci;

d) la procédure établie par le nouveau texte doit être suivie, dans la mesure où l’adaptation en est possible:

(ii) pour l’exercice des droits acquis sous le régime du texte antérieur,

(iii) dans toute affaire se rapportant à des faits survenus avant l’abrogation . . .

L’alinéa c) est particulièrement instructif en l’espèce. De la manière dont elle peut être appliquée en l’espèce, cette disposition tend à indiquer que des procédures engagées sous le régime du texte du *Code* en vigueur avant le 14 mai 1997 doivent «se poursuiv[re] conformément» au *Code* modifié, dès l’entrée en vigueur de la modification. Autrement dit, les procédures engagées avant la modification doivent généralement se poursuivre conformément au texte modifié.

Évidemment, l’art. 44 ne peut être interprété sans tenir compte des autres dispositions de la *Loi d’interprétation*. De façon plus particulière, les appellants (intimés dans les présentes requêtes)

protect their appeals as of right. That section states:

43. Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not

(c) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the enactment so repealed

Hence, the question that must be answered before s. 44 of the *Interpretation Act* can be applied is whether the ability to appeal to this Court without obtaining leave is a “right” or “privilege” which was “acquired, accrued [or] accruing” by the appellants under the former s. 691(2) of the *Code*. There is no question that the possibility of an appeal is a substantive right, not merely a question of procedure (see *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038, at p. 1040). The real question is whether the appellant’s right to appeal to this Court without leave was “acquired, accrued [or] accruing” before May 14, 1997.

7 There is a considerable amount of competing jurisprudence from this Court on precisely when appeal rights vest in litigants. Although there are numerous possibilities, the majority of the case law takes one of two positions. Some decisions say that a right to appeal vests as soon as the action is commenced or the charge is laid. Other decisions have held that it does not vest until the judgment appealed from is rendered by the court below. However, a careful review and consideration of the case law strongly suggests that there is no authority which specifically governs the cases at bar, and therefore we must look to principle, as well as precedent, for the correct answer.

8 The earliest cases of this Court were often divided, and occasionally contradict one another. In *Williams v. Irvine* (1893), 22 S.C.R. 108; *Cowen*

soutiennent que l’al. 43c) de cette loi a pour effet de protéger leur droit d’interjeter appel. Cette disposition est rédigée en partie ainsi:

43. L’abrogation, en tout ou en partie, n’a pas pour conséquence:

c) de porter atteinte aux droits ou avantages acquis, aux obligations contractées ou aux responsabilités encourues sous le régime du texte abrogé . . .

En conséquence, la question à laquelle il faut répondre avant que l’art. 44 de la *Loi d’interprétation* puisse être appliqué est celle de savoir si la possibilité d’interjeter appel à notre Cour sans avoir à obtenir l’autorisation de le faire est un «droit» ou un «avantage» qui a été «acquis» par les appelants sous le régime de l’ancien par. 691(2) du *Code*. Il ne fait aucun doute que la possibilité d’interjeter appel est un droit substantiel et non pas simplement une question de procédure (voir *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038, à la p. 1040). La véritable question est de savoir si le droit des appelants de se pourvoir sans autorisation devant notre Cour a été «acquis» avant le 14 mai 1997.

Il existe un nombre considérable d’arrêts divergents de notre Cour concernant le moment précis à partir duquel les plaideurs disposent d’un droit d’appel. Quoiqu’il existe de nombreuses possibilités, la majorité de ces arrêts adoptent l’une ou l’autre des deux positions suivantes. Dans certains arrêts, on affirme que le droit d’appel existe dès que l’action est intentée ou que l’accusation est portée. Dans d’autres, on a statué que le droit n’existe pas tant que le jugement porté en appel n’a pas été rendu par le tribunal inférieur. Cependant, un examen minutieux de la jurisprudence incite fortement à penser qu’il n’existe aucun précédent régissant précisément les cas qui nous occupent. En conséquence, il nous faut donc chercher dans les principes et les précédents la bonne réponse à la question.

Les premiers arrêts de notre Cour étaient souvent partagés et, à l’occasion, contradictoires. Dans les affaires *Williams c. Irvine* (1893), 22

v. Evans (1893), 22 S.C.R. 331; *Mitchell v. Trenholme* (1893), 22 S.C.R. 333; *Doran v. Jewell* (1914), 49 S.C.R. 88, and *Hyde v. Lindsay* (1898), 29 S.C.R. 99, the majority of the Court held that new rights of appeal do not apply to cases which have already been commenced. However, it should be noted that Taschereau and Gwynne JJ. never accepted this position, and either dissented (as in *Williams, Cowen, or Mitchell*), or commented that they were only agreeing because of previous authority (*Hyde*). They both took the position that new rights of appeal applied to any case where the amendment was made before the court appealed from rendered its judgment. This was also the view taken by Ritchie C.J. (for a majority) in *Hurtubise v. Desmarteau* (1891), 19 S.C.R. 562.

The question of the time at which appeal rights vest in litigants was before the Court again in *Singer v. The King*, [1932] S.C.R. 70. *Singer* arose out of the enactment of a *Criminal Code* appeal as of right to this Court (in that case, it was for a person who had been convicted and had such conviction upheld by a court of appeal, and who had been tried jointly with a person who had been acquitted). *Singer* had been convicted and his conviction was upheld by a court of appeal before the section allowing an appeal was enacted. This Court held that, because there was no statutory right to appeal at the time the accused was charged, no appeal as of right lay. Subsequently, Rinfret C.J. (in chambers) heavily relied on *Singer* in *Boyer v. The King*, [1949] S.C.R. 89. In that decision, the Chief Justice held that no appeal lay to the Supreme Court under an amendment to the *Code* which was enacted after the accused was charged and convicted, but before the Court of Appeal released its judgment upholding the conviction. Relying on Rinfret C.J.'s decision, the full Court came to the same conclusion in *Marcotte v. The*

R.C.S. 108, *Cowen c. Evans* (1893), 22 R.C.S. 331, *Mitchell c. Trenholme* (1893), 22 R.C.S. 333, *Doran c. Jewell* (1914), 49 R.C.S. 88, et *Hyde c. Lindsay* (1898), 29 R.C.S. 99, la majorité a statué que, lorsque de nouveaux droits d'appel sont créés, ils ne s'appliquent pas aux affaires déjà engagées. Toutefois, il convient de signaler que les juges Taschereau et Gwynne n'ont jamais accepté cette position, et qu'ils ont soit exprimé leur dissidence (par ex. dans *Williams, Cowen* ou *Mitchell*), soit indiqué qu'ils y souscrivaient uniquement à cause de précédents faisant autorité (dans *Hyde*). Ils étaient tous deux d'avis que lorsqu'un nouveau droit d'appel était créé, il s'appliquait à toute affaire où la modification avait été apportée avant que le tribunal ait rendu le jugement porté en appel. C'est également l'opinion qu'a adoptée le juge en chef Ritchie (pour la majorité) dans *Hurtubise c. Desmarteau* (1891), 19 R.C.S. 562.

Dans *Singer c. The King*, [1932] R.C.S. 70, la Cour a été saisie de nouveau de la question du moment où les plaideurs disposent de droits d'appel. L'arrêt *Singer* découlait de l'édiction, dans le *Code criminel*, d'un appel de plein droit à notre Cour (dans cette affaire, il s'agissait d'une personne qui avait été déclarée coupable, dont la déclaration de culpabilité avait été confirmée par la cour d'appel et qui avait été jugée conjointement avec une personne qui avait été acquittée). *Singer* avait été déclaré coupable et sa déclaration de culpabilité avait été confirmée par la cour d'appel avant l'édiction de l'article qui permettait un appel. Notre Cour a statué que, comme la loi ne prévoyait aucun droit d'appel au moment où l'accusé avait été inculpé, il n'existait pas d'appel de plein droit. Subséquemment, le juge en chef Rinfret (dans une décision rendue en son cabinet) s'est beaucoup appuyé sur l'arrêt *Singer* dans *Boyer c. The King*, [1949] R.C.S. 89. Dans cet arrêt, le Juge en chef a conclu qu'il n'était pas possible de se pourvoir devant la Cour suprême en vertu d'une modification au *Code* qui avait été adoptée après que l'accusé avait été inculpé et déclaré coupable, mais avant que la cour d'appel rende son jugement confirmant la déclaration de culpabilité. Se fondant sur la décision rendue par le juge en chef Rinfret, la Cour au complet est arrivée à la même conclusion

King, [1950] S.C.R. 352, which dealt with the same amendment.

10 The appellant relies quite heavily on this entire line of jurisprudence for the proposition that appeal rights crystallize at the time at which the action is commenced (or the accused is charged). In our view, these cases do not govern the case at bar, for a number of reasons. First and foremost, they are almost all about the creation of new appeal rights. When appeal rights are being created, there is a risk that cases that had appeared to be finally decided (i.e., all routes of appeal had been exhausted) will be “revived” by the new rights of appeal. In *Singer*, the Court of Appeal’s decision had already been rendered at the time the new appeal right was proclaimed. In other words, the case was already out of the system. Hence, the only *ratio* that can truly be deduced from *Singer* is that the Court should not construe new appeal rights so as to revive cases which had been conclusively determined under the former system. Any discussion of the appropriate date for the crystallization of appeal rights would therefore be *obiter dicta*.

11 Although the same situation did not exist in *Boyer*, Rinfret C.J. appeared to believe that he was bound by *Singer*. In *Marcotte*, the full panel of the Court simply followed the Chief Justice’s reasoning from the year before. However, the amendment to the *Code* which is before the Court on these motions is not about an expansion of appeal rights and, as a result, the Court does not need to concern itself with the possibility of reviving cases that have already been conclusively determined. The circumstances presented in these motions are entirely different.

12 Although these different circumstances, in and of themselves, ought to be sufficient to distinguish *Boyer* and *Marcotte*, there is another important consideration. In 1949, appeals from Canadian cases to the Judicial Committee of the Privy Coun-

dans *Marcotte c. The King*, [1950] R.C.S. 352, qui portait sur la même modification.

L’appelant s’appuie considérablement sur toute cette jurisprudence pour affirmer que les droits d’appel se cristallisent au moment où l’action est intentée (ou encore au moment où l’accusé est inculpé). À notre avis, ces arrêts ne régissent pas les cas qui nous occupent, et ce pour un certain nombre de raisons. D’abord et avant tout, ces arrêts concernent presque tous la création de nouveaux droits d’appel. En cas de création d’un droit d’appel, il y a un risque que des affaires qui avaient semblé tranchées de façon définitive (c’est-à-dire où toutes les voies d’appel avaient été épuisées) soient «ravivées» par le nouveau droit d’appel. Dans l’affaire *Singer*, la décision de la Cour d’appel avait déjà été rendue au moment où le nouveau droit d’appel avait été proclamé en vigueur. En d’autres mots, l’affaire n’était déjà plus dans le système judiciaire. Par conséquent, la seule *ratio* qui peut vraiment être dégagée de l’arrêt *Singer* est que la Cour ne devrait pas interpréter de nouveaux droits d’appel d’une manière qui fasse revivre des affaires qui ont été tranchées de façon décisive sous l’ancien régime. Toute discussion du moment où se cristallisent effectivement les droits d’appel ne constituerait donc qu’une remarque incidente.

Même si, dans *Boyer*, la situation était différente, le juge en chef Rinfret semble avoir estimé qu’il était lié par l’arrêt *Singer*. Dans *Marcotte*, la Cour au complet a simplement suivi le raisonnement formulé par le Juge en chef l’année précédente. Cependant, la modification au *Code* dont notre Cour est saisie dans le cadre des présentes requêtes ne concerne pas l’expansion des droits d’appel et, par conséquent, la Cour n’a pas à se préoccuper de la possibilité que renaissent des affaires qui ont déjà été tranchées de façon décisive. Les circonstances exposées dans les présentes requêtes sont tout à fait différentes.

Ces circonstances différentes devraient en soi suffire à distinguer les arrêts *Boyer* et *Marcotte*, mais il y a une autre considération importante. En 1949, la possibilité d’interjeter appel au Comité judiciaire du Conseil privé de décisions rendues au

cil were abolished (through s. 3 of *An Act to amend the Supreme Court Act*, S.C. 1949, c. 37). Although the legislation did not specifically say so, appeals were still permitted for all cases which were in the system at the time of the amendment. This may suggest that the same rule should be adopted for the *Criminal Code* amendment at issue in these motions. However, in both the *Boyer* line of cases and the Privy Council appeals, the legal question was the jurisdiction of the court to hear the appeal. In the cases at bar, no changes have been made to the Court's jurisdiction. What has been changed is the mechanism whereby the appeals reach this Court. While they used to be heard "as of right," they now will only be heard with leave. Simply put, the road has not been shortened (as it was when Privy Council appeals were abolished) or lengthened (as in *Boyer* or *Marcotte*). It has merely been narrowed. Even if the jurisdiction of the Court was said to have crystallized upon the charges being laid, this does not preclude Parliament from changing the mechanism by which appeals reach this Court, even for cases already in the justice system.

Finally, as the Attorney General for Ontario (applicant in the Chatwell motion) points out, there are some more recent cases which stray from the principle set down in *Boyer* and *Marcotte*, albeit in *obiter dicta*. In particular, in *Kootenay & Elk Railway Co. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1971] S.C.R. 600, the Canadian Transport Commission and the Immigration Appeal Board had handed down judgment on May 13, 1971, and January 7, 1971, respectively. The appellants filed notices of appeal to this Court. On June 1, 1971, the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), came into force, which gave a right of appeal to the Federal Court, and precluded any other right to appeal. Fauteux C.J., for the Court, held that the Supreme Court could still hear the appeals, stating at p. 601:

Canada a été aboli (par l'art. 3 de la *Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1949, ch. 37). Même si la loi ne le disait pas expressément, les appels étaient encore autorisés à l'égard des affaires qui étaient toujours dans le système judiciaire au moment de la modification. Cela pourrait tendre à indiquer que la même règle devrait être adoptée à l'égard de la modification du *Code criminel* en cause dans les présentes requêtes. Cependant, tant dans la jurisprudence suivant l'arrêt *Boyer* que dans les appels au Conseil privé, la question de droit portait sur la compétence de la Cour à juger l'appel. Dans les présentes affaires, aucune modification n'a été apportée à la compétence de la Cour. Ce qui a été modifié, c'est le mécanisme par lequel les appels parviennent à notre Cour. Alors qu'ils étaient présentés de «plein droit», ils sont maintenant entendus sur autorisation. Pour dire les choses simplement, la route à suivre n'a pas été raccourcie (comme ce fut le cas lors de l'abolition des appels au Conseil privé) ou allongée (comme dans les arrêts *Boyer* ou *Marcotte*). Elle a seulement été rétrécie. Même si on a affirmé que la compétence de la Cour se cristallise au moment du dépôt des accusations, cela n'empêche pas le législateur de modifier le mécanisme d'appel à notre Cour, même pour les affaires qui sont déjà dans le système judiciaire.

Enfin, comme le souligne le procureur général de l'Ontario (requérant dans la requête concernant Chatwell), certains arrêts plus récents ont dérogé au principe établi dans les arrêts *Boyer* et *Marcotte*, quoique dans des remarques incidentes. En particulier, dans *Kootenay & Elk Railway Co. c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1971] R.C.S. 600, la Commission canadienne des Transports et la Commission d'appel de l'Immigration avaient rendu leur décision le 13 mai 1971 et le 7 janvier 1971 respectivement. Les appelants ont déposé des avis d'appel à notre Cour. Le 1^{er} juin 1971, est entrée en vigueur la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e suppl.), qui créait un droit d'appel à la Cour fédérale et excluait tout autre droit d'appel. Le juge en chef Fauteux, s'exprimant pour la Cour, a statué, à la p. 601, que la Cour suprême pouvait encore entendre les appels:

We are all of the opinion that the decision which is the subject matter of the motion for leave made in each case, having been made prior to the coming into force of the *Federal Court Act*, this Court has jurisdiction to entertain each of these motions [for leave].

This passage strongly suggests that the appropriate time for the determination of appeal rights is the time at which the judgment sought to be appealed from is rendered. However, it should be noted that, as in *Singer*, there was no legislative change between the commencement of the action and the delivery of the judgment. Hence, this decision cannot be taken as conclusively refuting the principle from *Boyer* and *Marcotte*, although it clearly casts doubt upon the strength of these authorities.

14

Since the usefulness of the jurisprudence is limited, it falls to the Court to determine the matter on the basis of statutory interpretation and principle. In our view, there are numerous reasons for deciding that the ability to appeal as of right to this Court is only “acquired,” “accrued” or “accruing” when the court of appeal renders its judgment. The first is a common-sense understanding of what it means to “acquire” a right or have it “accrued” to you. A right can only be said to have been “acquired” when the right-holder can actually exercise it. The term “accrued” is simply a passive way of stating the same concept (a person “acquires” a right; a right “accrued” to a person). Similarly, something can only be said to be “accruing” if its eventual accrual is certain, and not conditional on future events (*Scott v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1992), 95 D.L.R. (4th) 706 (Sask. C.A.), at p. 719). In other words, a right cannot accrue, be acquired, or be accruing until all conditions precedent to the exercise of the right have been fulfilled.

15

Under the former s. 691(2) of the *Code*, there were a number of conditions precedent to the acquisition of the right to appeal to this Court

Nous sommes tous d’avis que cette Cour a juridiction pour entendre chacune de ces deux requêtes pour permission d’appeler puisque, dans chaque cas, la décision qui fait l’objet de la requête a été rendue avant l’entrée en vigueur de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Ce passage incite fortement à penser que le moment approprié pour la détermination de l’existence des droits d’appel est le moment où le jugement dont on veut interjeter appel a été rendu. Toutefois, il convient de souligner que, tout comme dans *Singer*, il n’y a pas eu de modification législative entre le début de l’action et le prononcé du jugement. Par conséquent, cette décision ne peut être considérée comme réfutant de façon décisive le principe énoncé dans les arrêts *Boyer* et *Marcotte*, bien qu’elle jette manifestement un doute sur la force de ces précédents.

Puisque la jurisprudence est d’une utilité limitée, il appartient à la Cour de trancher la question en se fondant sur l’interprétation de la loi et sur les principes. À notre avis, il existe diverses raisons de statuer que la capacité de faire appel de plein droit à notre Cour n’est «acquise» («*acquired*», «*accrued*» ou «*accruing*», suivant le texte anglais de l’art. 43 de la *Loi d’interprétation*) qu’au moment où la cour d’appel rend jugement. La première est une interprétation, fondée sur le sens commun, de ce que signifie le fait pour une personne d’«acquérir» un droit ou qu’un droit lui soit «acquis». Un droit ne peut être considéré comme «acquis» que lorsque son titulaire peut vraiment l’exercer. Le mot anglais «*accrued*» est simplement une façon passive d’exprimer le même concept (une personne «acquiert» un droit; un droit est «acquis» à une personne). De même, quelque chose ne peut être considéré comme «*accruing*» que si, en bout de ligne, son acquisition est certaine et non tributaire d’événements futurs (*Scott c. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1992), 95 D.L.R. (4th) 706 (C.A. Sask.), à la p. 719). En d’autres mots, un droit ne peut pas être acquis tant que toutes les conditions préalables à son exercice n’ont pas été remplies.

Sous le régime de l’ancien par. 691(2) du *Code*, il existait un certain nombre de conditions préalables à l’acquisition du droit d’appeler sans auto-

without leave. The first is that the accused is charged with an indictable offence. The second is that he is acquitted of that offence at trial. The third is that the acquittal must be reversed by the Court of Appeal, and the fourth is that the Court of Appeal order a new trial. Until those events occur, the accused does not acquire the right to appeal to this Court without leave, nor does it accrue, nor is it accruing to him or her. As a result, s. 43 of the *Interpretation Act* does not exclude the cases at bar from the operation of s. 44, which indicates that the old proceeding should be continued under the new enactment. Since the new enactment does not grant an appeal as of right, the appeals must be quashed.

Since the time for an application for leave has long since expired, at the hearing of these motions, counsel for Mr. Chatwell and Mr. Puskas requested that they be granted an extension of time for filing an application for leave. We granted this extension, and they shall have 60 days to file applications for leave to appeal from the date of the hearing, as agreed to by counsel for the Crown.

Applications granted.

Solicitor for the respondent, applicant on the applications to quash: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the appellants, respondents on the applications to quash: Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

risation devant notre Cour. La première était que l'accusé soit inculpé d'un acte criminel. La deuxième était qu'il ait été acquitté de cette infraction au procès. La troisième était que l'acquittement ait été annulé par la Cour d'appel et la quatrième était que la Cour d'appel ait ordonné un nouveau procès. Tant que ces événements ne s'étaient pas produits, l'accusé n'acquerrait pas le droit de se pourvoir sans autorisation devant notre Cour, et ce droit ne lui était pas acquis. Par conséquent, l'art. 43 de la *Loi d'interprétation* ne soustrait pas les affaires en cause à l'application de l'art. 44, qui indique que les procédures déjà engagées doivent être poursuivies en vertu du nouveau texte. Comme celui-ci ne crée pas d'appel de plein droit, les appels doivent être annulés.

Étant donné que le délai pour demander l'autorisation d'appeler est expiré depuis longtemps, les avocats de M. Chatwell et de M. Puskas ont demandé, à l'audition des présentes requêtes, une prorogation du délai prévu pour déposer une demande d'autorisation d'appel. Nous avons accordé cette prorogation, et ils ont 60 jours à compter de la date de l'audience pour déposer des demandes d'autorisation d'appel, selon ce qui a été convenu avec le substitut du procureur général.

Requêtes accueillies.

Procureur de l'intimée, requérante dans les requêtes en annulation: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des appelants, intimés dans les requêtes en annulation: Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

Sean Michael Gellvear *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GELLVEAR

File No.: 25973.

1998: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Accused appealing to Supreme Court of Canada on basis of dissent in Court of Appeal — Factum not dealing with issue of law raised by dissenting judge — Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1997), 196 A.R. 18, 141 W.A.C. 18, dismissing the accused's appeal from his conviction by Demong Prov. Ct. J. on charges of robbery, unlawful disguise and possession of a weapon for an unlawful purpose. Appeal dismissed.

Ruth Reimer, for the appellant.

Arnold Schlayer, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ CORY J. — The motion brought by the respondent Crown to strike out paragraphs 3 to 24 of the appellant's factum must be granted since they do not deal with the legal issues raised in the dissent of Berger J.A. As a result there is no appeal before us arising from the issue of law raised in the dissent.

Sean Michael Gellvear *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GELLVEAR

N° du greffe: 25973.

1998: 23 juin.

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

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

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Appel de l'accusé à la Cour suprême du Canada fondé sur une dissidence en Cour d'appel — Question de droit soulevée par le juge dissident non examinée dans le mémoire de l'accusé — Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1997), 196 A.R. 18, 141 W.A.C. 18, ayant rejeté l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité prononcée contre lui par le juge Demong de la Cour provinciale à l'égard d'accusations de vol qualifié, de port d'un déguisement dans un dessein illicite et de possession d'une arme à feu dans un tel dessein. Pourvoi rejeté.

Ruth Reimer, pour l'appelant.

Arnold Schlayer, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — La requête présentée par le ministère public intimé en vue d'obtenir la radiation des paragraphes 3 à 24 du mémoire de l'appelant doit être accueillie puisque ces paragraphes ne portent pas sur les questions de droit soulevées dans la dissidence du juge Berger de la Cour d'appel. En conséquence, nous ne sommes pas saisis d'un pourvoi découlant du point de droit soulevé dans la dissidence.

The appellant (respondent in the motion) now seeks leave to appeal on the matters that were raised in the factum in paragraphs 3 to 24. However, the appellant had been informed in the order made by Justice L'Heureux-Dubé that leave would be required to present that argument and leave was not sought.

At this late stage there is nothing further that the Court can do and the appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Ruth Reimer, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

L'appellant (intimé à la requête) sollicite maintenant l'autorisation d'appeler à l'égard des questions soulevées dans le mémoire, aux paragraphes 3 à 24. Toutefois, l'appellant avait été informé dans l'ordonnance rendue par le juge L'Heureux-Dubé qu'il serait nécessaire de demander l'autorisation de présenter cet argument, ce qui n'a pas été fait.

À cette étape tardive des procédures, la Cour ne peut rien faire de plus et le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Ruth Reimer, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

2

3

Sébastien Daigle *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DAIGLE

File No.: 26168.

1998: June 25.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Sexual assault — Consent — Victim under effect of drugs consumed unknowingly at time of assault — Trial judge erroneously finding that victim gave valid consent — Defence of honest but mistaken belief in consent inapplicable since accused had not taken reasonable steps to ascertain that victim was consenting.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1997] Q.J. No. 2668 (QL), J.E. 97-1597, setting aside the acquittal of the accused on a charge of sexual assault and substituting a conviction. Appeal dismissed.

Sophie Gauthier and Jean Petit, for the appellant.

Robert Parrot, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

1 L'HEUREUX-DUBÉ J. — We are ready to render judgment now.

2 In spite of your very able representations in the circumstances Ms. Gauthier, we are all of the view that this appeal as of right should be dismissed for the unanimous reasons given by the Quebec Court of Appeal.

Sébastien Daigle *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DAIGLE

N° du greffe: 26168.

1998: 25 juin.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Victime sous l'effet de stupéfiants absorbés à son insu lors de l'agression — Juge du procès concluant erronément que la victime a donné un consentement valable — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement inapplicable puisque l'accusé n'avait pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la victime.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1997] A.Q. n° 2668 (QL), J.E. 97-1597, qui a annulé l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation d'agression sexuelle et substitué une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Sophie Gauthier et Jean Petit, pour l'appelant.

Robert Parrot, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Nous sommes prêts à rendre jugement séance tenante.

Malgré vos représentations très habiles dans les circonstances M^e Gauthier, nous sommes tous d'avis de rejeter ce pourvoi, qui nous parvient de plein droit, pour les motifs unanimes de la Cour d'appel du Québec.

We would simply add that the appellant could not rely on the defence of honest but mistaken belief since he had not taken reasonable steps to ascertain that the victim was consenting.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Grenier, Linteau, Petit, Québec.

Solicitor for the respondent: The Attorney General's Prosecutor, Québec.

Nous ajoutons simplement que l'appelant ne pouvait invoquer la défense de croyance sincère mais erronée puisqu'il n'avait pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la victime.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Grenier, Linteau, Petit, Québec.

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

Veluppillai Pushpanathan (Pushpanathan Veluppillai) *Appellant*

v.

The Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and

The Canadian Council for Refugees *Intervener*

INDEXED AS: PUSHPANATHAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

File No.: 25173.

1998: September 17.

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

REHEARING

Judgments and orders — Rehearing — Reasons for judgment and order amended.

JUDGMENT

¹ A rehearing is ordered. The reasons of Bastarache J., in which judgment was rendered on June 4, 1998, [1998] 1 S.C.R. 982, are modified at para. 77 as follows:

I would allow the appeal and return the matter to the Convention Refugee Determination Division for redetermination of the applicant's refugee claim in a manner consistent with this decision. The respondent may choose to proceed with its powers under ss. 19 and 53 of the *Immigration Act*.

The order of the Court is modified as follows:

The appeal is allowed and the matter is returned to the Convention Refugee Determination Division for redetermination of the applicant's refugee claim in a manner consistent with this decision. The respondent may choose to proceed with its powers under ss. 19 and 53 of

Veluppillai Pushpanathan (Pushpanathan Veluppillai) *Appelant*

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration *Intimé*

et

Le Conseil canadien pour les réfugiés *Intervenant*

RÉPERTOIRE: PUSHPANATHAN c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)

N° du greffe: 25173.

1998: 17 septembre.

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

NOUVELLE AUDITION

Jugements et ordonnances — Nouvelle audition — Motifs de jugement et ordonnance modifiés.

JUGEMENT

Une nouvelle audition est ordonnée. Le paragraphe 77 des motifs du juge Bastarache, à l'égard du jugement rendu le 4 juin 1998, [1998] 1 R.C.S. 982, est modifié de la façon suivante:

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer le tout à la Section du statut de réfugié pour qu'une nouvelle décision conforme au présent arrêt soit rendue au sujet de la revendication du statut de réfugié du requérant. L'intimé peut choisir d'exercer les pouvoirs que lui confèrent les art. 19 et 53 de la *Loi sur l'immigration*.

L'ordonnance de la Cour est modifiée de la façon suivante:

Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée à la Section du statut de réfugié pour qu'une nouvelle décision conforme au présent arrêt soit rendue au sujet de la revendication du statut de réfugié du requérant. L'intimé peut choisir d'exercer les pouvoirs que lui confèrent

the *Immigration Act*. Cory and Major JJ. are dissenting.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent: Justice Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener: David Matas, Winnipeg.

les art. 19 et 53 de la *Loi sur l'immigration*. Les juges Cory et Major sont dissidents.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Waldman & Associates, Toronto.

Procureur de l'intimé: Justice Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant: David Matas, Winnipeg.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Commission d'appel en matière de lésions professionnelles — Standard of review — Burden of proof — Presumption.

J.M. ASBESTOS INC. V. COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES, 315.

2. Validity of order — Collateral attack on administrative order in penal proceedings — Circumstances in which person charged with failing to comply with administrative order can collaterally attack validity of order — Applicable principles.

R. V. CONSOLIDATED MAYBRUN MINES LTD., 706.

3. Validity of order — Collateral attack on administrative order in penal proceedings — Circumstances in which person charged with failing to comply with administrative order can collaterally attack validity of order — Applicable principles.

R. V. AL KLIPPET LTD., 737.

4. Standard of review — Immigration and Refugee Board — Standard of review applicable to Board's decision.

PUSHPANATHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 982.

APPEAL

Supreme Court of Canada — Stay of proceedings — Crown agent — Manitoba agricultural credit corporation holding mortgage on farm land — Court of Appeal judgment ordering that land be vested in corporation's name — Supreme Court ordering corporation to refrain from selling land pending disposition of appeal — Corporation as Crown agent subject to stay even if relief granted can be characterized as an injunction — Manitoba legislation which bars grant of injunctive relief against Crown not constitutionally controlling what relief may be granted by Supreme Court under its Act — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

M & D FARM LTD. V. MANITOBA AGRICULTURAL CREDIT CORP., 1074.

BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

Personal property security — Company employee leasing vehicle — Lessor failing to register financing statements under B.C. Personal Property Security Act and thus perfect its security interest — Employee making assignment in bankruptcy — Property of bankrupt vesting in trustee under Bankruptcy and Insolvency Act — Unperfected security interest in collateral not effective against trustee under Personal Property Security Act — Whether trustee entitled to proceeds of sale of vehicle — Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, c. 36, s. 20(b)(i) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 67(1), 71(2).

GIFFEN (RE), 91.

CIVIL LIABILITY

Invasion of privacy — Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission — Whether publication of photograph infringes teenager's right to her image and to privacy — Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph — Whether publication of photograph caused teenager prejudice — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1, 49.

AUBRY V. ÉDITIONS VICE-VERSA INC., 591.

CIVIL RIGHTS

1. Right to privacy — Right to one's image — Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission — Balancing of right to privacy and freedom of expression — Whether publication of photograph infringes teenager's right to her image and to privacy — Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1.

AUBRY V. ÉDITIONS VICE-VERSA INC., 591.

2. Freedom of expression — Freedom of artistic expression — Publication in arts magazine of photograph of teenager taken in public place without her permission — Balancing of right to privacy and freedom of expression — Whether freedom of artistic expression or public's right to information justifies publication of photograph even though such publication infringes teenager's right

CIVIL RIGHTS—Concluded

to her image and to privacy — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 5, 9.1.

AUBRY V. ÉDITIONS VICE-VERSA INC., 591.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Search and seizure — Inventory search of accused's car following lawful arrest — Search conducted pursuant to police policy and without warrant or permission — Whether search infringing Charter right to freedom from unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. V. CASLAKE, 51.

2. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Evidence seized as result of inventory search of accused's car following lawful arrest — Search conducted pursuant to police policy and without warrant or permission — Whether evidence found in search in violation of Charter admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. V. CASLAKE, 51.

3. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Trial judge ruling that accused's trial had been unreasonably delayed and ordering that charges be stayed — Whether Court of Appeal properly reversing stay.

R. V. MARACLE, 86.

4. Charter of Rights — Fundamental justice — Duty to disclose — Accused convicted of aggravated assault — Crown not disclosing statements made by four individuals — Summary of statements included in police reports provided to defence counsel at trial — Appropriate test for determining whether Crown's inadvertent failure to disclose relevant material violated accused's right to disclosure — If right to disclosure violated, appropriate test for determining whether constitutional right to make full answer and defence impaired — Effect to be given to defence counsel's lack of due diligence.

R. V. DIXON, 244.

R. V. ROBERT, 279.

R. V. MCQUAID, 285.

R. V. SMITH, 291.

R. V. SKINNER, 298.

5. Division of powers — Interprovincial transportation — Local works and undertakings — Firm wanting to expand collecting pipeline network and processing facilities — Processing necessary before gas transported through mainline pipeline — Whether

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

gathering pipeline and processing facilities under federal jurisdiction by operation of s. 92(10)(a) of the Constitution Act, 1867 — If not, whether gathering pipeline and processing facilities integral to mainline transmission pipeline — Effect of s. 92A (natural resources amendment) — If proposed facilities within federal jurisdiction, whether proposed gas processing plant facilities within definition of "pipeline" in National Energy Board Act — Constitution Act, 1867, ss. 92(10)(a), 92A — National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 2.

WESTCOAST ENERGY INC. V. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD), 322.

6. Charter of Rights — Freedom of expression — Accused convicted of defamatory libel — Whether defamatory libel provisions in Criminal Code infringe right to freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 298, 299, 300.

R. V. LUCAS, 439.

7. Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Accused convicted of defamatory libel — Whether defamatory libel provisions in Criminal Code so vague that they violate principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 298, 299, 300.

R. V. LUCAS, 439.

8. Charter of Rights — Application — Legislative omission — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether Charter applies to legislation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2.

VRIEND V. ALBERTA, 493.

9. Charter of Rights — Equality rights — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether non-inclusion of sexual orientation infringes right to equality — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

VRIEND V. ALBERTA, 493.

10. Charter of Rights — Remedies — Reading in — Non-inclusion of sexual orientation in provincial human rights legislation infringing right to equality — Whether sexual orientation should be read into legislation — Constitution Act, 1982, s. 52 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

VRIEND V. ALBERTA, 493.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

11. Charter of Rights — Application — Canadian government sending letter of request to Swiss authorities seeking assistance with Canadian criminal investigation — Swiss authorities issuing order for seizure of documents relating to certain bank accounts — Whether Charter applies to letter of request — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1).

SCHREIBER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 841.

12. Charter of Rights — Search and seizure — Canadian government sending letter of request to Swiss authorities seeking assistance with Canadian criminal investigation — Swiss authorities issuing order for seizure of documents relating to certain bank accounts — Whether Canadian standard for issuance of search warrant had to be satisfied before letter of request was sent — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

SCHREIBER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 841.

13. Charter of Rights — Freedom of expression — Opinion surveys — Elections — Federal elections legislation prohibiting publication, dissemination or broadcasting of opinion survey results on last weekend of election campaign and on polling day — Whether legislation infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 322.1.

THOMSON NEWSPAPERS CO. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 877.

14. Charter of Rights — Right to vote — Access to information during election — Restrictions on opinion survey results — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 3 — Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 322.1.

THOMSON NEWSPAPERS CO. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 877.

CONTEMPT OF COURT

Injunction — Violation — Federal Court enjoining parties from making certain phone messages available until human rights tribunal had made its final ruling on whether they violated Canadian Human Rights Act — Whether parties properly held in contempt of court for violating terms of injunction.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. CANADIAN LIBERTY NET, 626.

COSTS

Additional costs — Important case — Additional award of costs inappropriate here even if this were recognized to be test case

COSTS—Concluded

— Including additional costs in claim for damages inconsistent with art. 477 C.C.P. — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 477 — Tariff of judicial fees of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, s. 15.

AUBRY V. ÉDITIONS VICE-VERSA INC., 591.

COURTS

1. Judicial independence — Provincial Courts — Supreme Court of Canada finding in original judgment that provincial court judges of Alberta, Manitoba and Prince Edward Island not independent — Whether requests at rehearing for declarations validating past decisions of provincial court judges should be granted — Doctrine of necessity.

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

2. Judicial independence — Provincial Courts — Supreme Court of Canada finding in original judgment that Alberta provincial court judges not independent — Declarations invalidating legislation in original judgment clarified — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94.

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

3. Judicial independence — Provincial Courts — Judicial remuneration — Requirement for independent, objective and effective process for setting judicial remuneration suspended for one year from date of original judgment.

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

4. Jurisdiction — Interlocutory injunctions — Federal Court of Canada — Human rights tribunal empanelled to decide whether certain recorded telephone messages violated Canadian Human Rights Act — Federal human rights commission seeking injunction to prevent messages being made available until tribunal rendered its final order — Whether Federal Court had jurisdiction to issue injunction — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 3, 44 — Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 13(1).

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. CANADIAN LIBERTY NET, 626.

5. Procedure — Appeal as of right — Procedure giving rise to appeal as of right existing before appeal as of right abolished — Conditions precedent to appeal as of right met only after appeal as

COURTS—Concluded

of right abolished — Whether appeals should be quashed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(2).

R. V. PUSKAS (APPLICATION), 1207.

CRIMINAL LAW

1. Evidence — Trial judge taking into account all evidence presented at trial — Accused's acquittal upheld.

R. V. POIRIER, 24.

2. Evidence — Interception of private communications — Trial judge excluding evidence obtained by electronic surveillance — Court of Appeal correctly ruling that trial judge erred in finding that interception was unlawful because it was prohibited by judicial authorization.

R. V. TAYLOR, 26.

3. Trial — Procedure — Proper time to rule on defence's application to exclude accused's prior criminal record — Whether trial judge erred in refusing to rule on application until after accused had testified.

R. V. UNDERWOOD, 77.

4. Evidence — Cross-examination of accused — Previous convictions — Corbett application — Proper time to rule on defence's application to exclude accused's prior criminal record.

R. V. UNDERWOOD, 77.

5. Evidence — Accomplice — Corroboration — Clear and correct warning properly given to the jury.

R. V. HORNE, 85.

6. Parties to offences — Accessory after the fact — Court of Appeal correct in holding that it is not necessary to convict a principal in order to convict an accessory.

R. V. SHALAN, 88.

7. Evidence — Welfare fraud arising from non-reporting of change of marital status — Defence evidence as to traditional African marriage rejected at trial — Trial judge not misapprehending defence evidence.

R. V. BEKOE, 90.

8. Defences — Self-defence — Battered woman syndrome — Charge to jury — Accused convicted of second degree murder after shooting her abusive common law husband to death — Whether trial judge's charge to jury adequately dealt with evidence

CRIMINAL LAW—Continued

of battered woman syndrome as it relates to defence of self-defence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 34(2).

R. V. MALOTT, 123.

9. Charge to jury — Reasonable doubt — Accused convicted of first degree murder — Whether trial judge misdirected jury on meaning of "beyond a reasonable doubt" by comparing it to degree of certainty used to make decisions in everyday activities — If so, whether new trial should be ordered.

R. V. BISSON, 306.

10. Evidence — Witnesses — Credibility — Testimony of complainant containing evidence on which finding of guilt could be properly based — Verdict not unreasonable — Conviction restored.

R. V. H. (N.G.), 318.

11. Trial — Charge to jury — Strong evidence — Suggested changes to directions would not change result — No substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. V. NIJJAR, 320.

12. Defamatory libel — Mens rea — Offence of defamatory libel requiring knowledge of falsity and intention to defame — Trial judge erroneously holding that mens rea requirement satisfied by proof that accused should have known that statements were false — Whether there is sufficient evidence that accused had subjective knowledge of falsity of defamatory statements to uphold their convictions.

R. V. LUCAS, 439.

13. Directed verdict — Circumstantial evidence — Cause of death unknown — Trial judge directing verdict of acquittal because no reasonable jury could return a verdict of guilty given evidentiary gap as to causation — Whether a directed verdict of acquittal should have been made.

R. V. CHAREMSKI, 679.

14. Motor vehicles — Dangerous driving causing death.

R. V. REED, 753.

15. Sexual assault — Trial judge's guilty verdict not unreasonable — Conviction upheld.

R. V. JUSSILA, 755.

16. Evidence — Identification — Accused convicted on basis of identification evidence — Verdict cannot reasonably be supported by evidence — Acquittal directed.

R. V. REITSMA, 769.

CRIMINAL LAW—Concluded

17. Sexual assault — Touching of mentally handicapped persons — Consent — Convictions entered by Court of Appeal upheld.

R. v. BERNIER, 975.

18. Charge to jury — Trial judge adequately explaining defence position to jury.

R. v. MULLINS-JOHNSON, 977.

19. Jurisdiction — Appeal — Pre-trial decision to remove counsel not going to jurisdiction — Decision to be reviewed after trial through normal appeal process.

R. v. DRUKEN, 978.

20. Evidence — Credibility — Accused convicted of sexual assault and unlawful confinement — Court of Appeal not erring in upholding verdict.

R. v. ABDALLAH, 980.

21. Trial — Procedure — Challenge for cause — Racial bias — Whether prospective jurors can be questioned as to racial bias — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 638, 649 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 15(1).

R. v. WILLIAMS, 1128.

22. Appeals — Supreme Court of Canada — Accused appealing to Supreme Court of Canada on basis of dissent in Court of Appeal — Factum not dealing with issue of law raised by dissenting judge — Appeal dismissed.

R. v. GELLVEAR, 1218.

23. Sexual assault — Consent — Victim under effect of drugs consumed unknowingly at time of assault — Trial judge erroneously finding that victim gave valid consent — Defence of honest but mistaken belief in consent inapplicable since accused had not taken reasonable steps to ascertain that victim was consenting.

R. v. DAIGLE, 1220.

EMPLOYMENT LAW

Bankruptcy — Termination pay and severance available when employment terminated by the employer — Whether bankruptcy can be said to be termination by the employer — Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137, ss. 7(5), 40(1), (7), 40a — Employment Standards Amendment Act, 1981, S.O. 1981, c. 22,

EMPLOYMENT LAW—Concluded

s. 2(3) — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 121(1) — Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. I.11, ss. 10, 17.

RIZZO & RIZZO SHOES LTD. (RE), 27.

ENVIRONMENTAL LAW

Offences — Defences — Validity of administrative order — Order made under provincial environmental protection statute to prevent risk of contamination — Persons to whom order directed not availing themselves of right to appeal under statute and ignoring order — Persons charged with failing to comply with order — Whether these persons can raise validity of order by way of defence — Environmental Protection Act, R.S.O. 1980, c. 141, ss. 17, 146(1a).

R. v. CONSOLIDATED MAYBRUN MINES LTD., 706.

ESTATES

Seizin — Testamentary executor and universal legatee — Nature and effect of seizin of testamentary executor and seizin of legatee — Coexistence of two seizins — Whether executor's seizin prevails over that of legatee — Whether testamentary executor's seizin extends to fruits and income generated after testator's death — Civil Code of Lower Canada, arts. 409, 891, 918.

HALL v. QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE), 220.

IMMIGRATION

Convention refugee — Exclusion — Refugee Convention not applicable to those who are "guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations" — Individual guilty of serious narcotics offence in Canada claiming refugee status — Whether claim for refugee status should be denied — Meaning of phrase "guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations" — Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, Art. 1F(c).

PUSHPANATHAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 982.

INCOME TAX

1. Calculation of income — Rental income — Deductions — Tenant inducement payments (TIPs) — Business requirements necessitating TIPs to be made in one year — Whether TIPs deductible as running expense in that year or whether TIPs to be

INCOME TAX—Concluded

amortized over term of lease — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 18(1), (9).

CANDEREL LTD. V. CANADA, 147.

2. Calculation of income — Rental income — Deductions — Tenant inducement payments (TIPs) — Business requirements necessitating TIPs to be made in one year — Whether TIPs deductible as running expense in that year or whether TIPs to be amortized over term of lease — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 18(1), (9).

TORONTO COLLEGE PARK LTD. V. CANADA, 183.

3. Calculation of income — Receipt of tenant inducement payment (“TIP”) — Whether TIP to be treated as revenue or as a capital receipt — If revenue, whether to be included in income entirely in the year received or amortized over the period of the lease — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 9(1) — Income Tax Act, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 12(1)(x).

IKEA LTD. V. CANADA, 196.

4. Dividends — Attribution — Taxpayer incorporating family holding company for tax planning and income splitting purposes — Taxpayer’s wife elected sole director of company — Wife declaring dividends on her own and on taxpayer’s shares — Whether dividend income received by wife should be attributed to taxpayer for income tax purposes — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(2).

NEUMAN V. M.N.R., 770.

5. Deductions from income — Non-capital losses — Amalgamation of corporations — Predecessor corporation — Meaning of “control” — Corporation acquiring shares of inactive company in order to take advantage of its accumulated non-capital losses — Corporation amalgamating with inactive company — Whether change in control prevented corporation from deducting inactive company’s non-capital losses — Whether unanimous shareholder agreement to be considered in assessing who has de jure control of corporation — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 87(2.1), 111(1), (5).

DUHA PRINTERS (WESTERN) LTD. V. CANADA, 795.

INDIANS

1. Indian lands — Surrender — Irregularities in surrender process — Surrender valid.

CHIPPEWAS OF KETTLE AND STONY POINT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 756.

2. Taxation — Reserves — Indian Act exempting goods on-reserve from taxation — Whether goods purchased off-reserve for use on-reserve subject to provincial sales tax — Indian Act,

INDIANS—Concluded

R.S.C., 1985, c. I-5, s. 87 — Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10, ss. 1 “consumer”, “purchaser”, “retail sale”, 4, 5, 8, 16.

UNION OF NEW BRUNSWICK INDIANS V. NEW BRUNSWICK (MINISTER OF FINANCE), 1161.

JUDGMENTS AND ORDERS

Rehearing — Reasons for judgment and order amended.

PUSHPANATHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (REHEARING), 1222.

LABOUR LAW

1. Wrongful dismissal — Near cause doctrine — Arguments related to doctrine not accepted.

DOWLING V. HALIFAX (CITY), 22.

2. Collective agreement — Judicial review — Reduction of hours of work — Whether reduction of hours of work constituted a layoff — Whether arbitration board decision finding breach of collective agreement patently unreasonable.

BATTLEFORDS AND DISTRICT CO-OPERATIVES LTD. V. RWDSU, LOCAL 544, 1118.

LABOUR RELATIONS

Constructive layoff — Scheduled hours of work reduced — Actual hours worked not substantially reduced owing to call-in work — Whether a constructive layoff occurred.

CANADA SAFEWAY LTD. V. RWDSU, LOCAL 454, 1079.

MUNICIPAL LAW

Zoning — Non-conforming use — Order made under provincial planning statute enjoining company to stop operating mine on part of its land — Company not availing itself of right to appeal under statute and ignoring order in part — Company charged with failing to comply with order — Whether company can raise validity of order by way of defence — Planning Act, R.S.A. 1980, c. P-9, ss. 81, 154, 155.

R. V. AL KLIPPET LTD., 737.

PRACTICE

Standing — Charter challenge — Teacher's employment at college terminated because of his homosexuality — Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination — Whether appellants have standing to challenge legislative provisions other than those relating to employment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

VRIEND V. ALBERTA, 493.

TAXATION

Estate — Universal legatee — Taxation Act providing that income of estate must be included in computing taxable income of person entitled to demand payment thereof during taxation year — Time when person entitled to demand payment thereof — Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 652, 663 — Civil Code of Lower Canada, arts. 891, 918.

HALL V. QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE), 220.

TORTS

Negligence — Res ipsa loquitur — Circumstantial evidence — Precise time, date and place of motor vehicle accident unknown — Severe weather and bad road conditions at presumed time of accident — Whether or not res ipsa loquitur applicable, and if so, effect of applying it.

FONTAINE V. BRITISH COLUMBIA (OFFICIAL ADMINISTRATOR), 424.

INDEX

APPEL

Cour suprême du Canada — Suspension des procédures — Représentant de la Couronne — Société du crédit agricole du Manitoba titulaire d'une hypothèque grevant un bien-fonds agricole — Jugement de la Cour d'appel ordonnant la dévolution du bien-fonds au nom de la Société — Ordonnance de la Cour suprême intimant à la Société de ne pas vendre le bien-fonds avant l'issue de l'appel — Société assujettie à la suspension en tant que représentant de la Couronne même si le redressement peut être qualifié d'injonction — Législation manitobaine interdisant les injonctions contre la Couronne ne peut pour des raisons constitutionnelles régir les redressements pouvant être accordés par la Cour suprême en vertu de sa loi habilitante — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

M & D FARM LTD. C. SOCIÉTÉ DU CRÉDIT AGRICOLE DU MANITOBA, 1074.

DÉPENS

Dépens additionnels — Cause importante — Dépens additionnels inappropriés dans la présente affaire même s'il était reconnu qu'il s'agit d'une cause-type — Inclusion de dépens additionnels dans une réclamation en dommages-intérêts contraire à l'art. 477 C.p.c. — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 477 — Tarif des honoraires judiciaires des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13, art. 15.

AUBRY C. ÉDITIONS VICE-VERSA INC., 591.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Commission d'appel en matière de lésions professionnelles — Norme de contrôle — Fardeau de preuve — Présomption.

J.M. ASBESTOS INC. C. COMMISSION D'APPEL EN MATIÈRE DE LÉSIONS PROFESSIONNELLES, 315.

2. Validité d'une ordonnance — Contestation incidente d'une ordonnance administrative dans le cadre d'une procédure pénale — Dans quelles circonstances une personne accusée de ne pas s'être conformée à une ordonnance administrative peut-elle en soulever la validité de façon incidente? — Principes applicables.

R. C. CONSOLIDATED MAYBRUN MINES LTD., 706.

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

3. Validité d'une ordonnance — Contestation incidente d'une ordonnance administrative dans le cadre d'une procédure pénale — Dans quelles circonstances une personne accusée de ne pas s'être conformée à une ordonnance administrative peut-elle en soulever la validité de façon incidente? — Principes applicables.

R. C. AL KLIPPET LTD., 737.

4. Norme de contrôle — Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Norme de contrôle applicable à une décision de la Commission.

PUSHPANATHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 982.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille de l'automobile de l'accusé effectuée à des fins d'inventaire à la suite d'une arrestation légale — Fouille effectuée conformément à une politique de la police et sans mandat de perquisition ni permission — La fouille a-t-elle porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. CASLAKE, 51.

2. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Saisie d'éléments de preuve résultant d'une fouille de l'automobile de l'accusé effectuée à des fins d'inventaire à la suite d'une arrestation légale — Fouille effectuée conformément à une politique de la police et sans mandat de perquisition ni permission — Les éléments de preuve découverts lors de la fouille effectuée en violation de la Charte sont-ils admissibles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. CASLAKE, 51.

3. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Juge du procès statuant que le procès de l'accusé a été retardé déraisonnablement et ordonnant l'arrêt des procédures — La Cour d'appel a-t-elle annulé à bon droit l'arrêt des procédures?

R. C. MARACLE, 86.

4. Charte des droits — Justice fondamentale — Obligation de divulguer — Accusé déclaré coupable de voies de fait graves —

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

Omission du ministère public de divulguer les déclarations de quatre personnes — Résumé des déclarations contenu dans les rapports de police remis à l'avocate de la défense au procès — Critère à utiliser pour déterminer si l'omission par inadvertance du ministère public de communiquer des documents pertinents a violé le droit de l'accusé à la divulgation — En cas de violation du droit à la divulgation, critère à utiliser pour déterminer s'il y a eu atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par la Constitution — Importance à accorder au manque de diligence raisonnable d'un avocat de la défense.

R. C. DIXON, 244.

R. C. ROBART, 279.

R. C. MCQUAID, 285.

R. C. SMITH, 291.

R. C. SKINNER, 298.

5. Partage des compétences — Transport interprovincial — Ouvrages et entreprises de nature locale — Entreprise voulant agrandir son réseau de canalisations de collecte et ses installations de traitement — Gaz devant être traité avant d'être transporté dans la canalisation principale — Les canalisations de collecte et les installations de traitement relèvent-elles de la compétence fédérale en vertu de l'art. 92(10)a) de la Loi constitutionnelle de 1867? — Dans la négative, les canalisations de collecte et les installations de traitement font-elles partie intégrante de la canalisation de transport principale? — Effet de l'art. 92A (modification concernant les ressources naturelles) — Si les installations projetées relèvent de la compétence fédérale, les installations de traitement du gaz projetées sont-elles visées par la définition du mot «pipeline» dans la Loi sur l'Office national de l'énergie? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10)a), 92A — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 2.

WESTCOAST ENERGY INC. C. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE), 322.

6. Charte des droits — Liberté d'expression — Accusés déclarés coupables de libelle diffamatoire — Les dispositions du Code criminel relatives au libelle diffamatoire portent-elles atteinte au droit à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 298, 299, 300.

R. C. LUCAS, 439.

7. Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Accusés déclarés coupables de libelle diffamatoire — Les dispositions du Code criminel relatives au libelle diffamatoire sont-elles imprécises au point de violer les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 298, 299, 300.

R. C. LUCAS, 439.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

8. Charte des droits — Application — Omission du législateur — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — La Charte s'applique-t-elle à la législation? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2.

VRIEND C. ALBERTA, 493.

9. Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — La non-inclusion de l'orientation sexuelle porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

VRIEND C. ALBERTA, 493.

10. Charte des droits — Réparation — Interprétation large — La non-inclusion de l'orientation sexuelle dans la législation provinciale sur les droits de la personne porte atteinte au droit à l'égalité — L'orientation sexuelle devrait-elle être tenue pour incluse dans la législation? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

VRIEND C. ALBERTA, 493.

11. Charte des droits — Application — Lettre de demande envoyée par le gouvernement canadien aux autorités suisses sollicitant leur assistance dans une enquête criminelle canadienne — Ordonnance des autorités suisses intimant la saisie de documents relatifs à certains comptes bancaires — La Charte s'applique-t-elle à la lettre de demande? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1).

SCHREIBER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 841.

12. Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie — Lettre de demande envoyée par le gouvernement canadien aux autorités suisses sollicitant leur assistance dans une enquête criminelle canadienne — Ordonnance des autorités suisses intimant la saisie de documents relatifs à certains comptes bancaires — La norme canadienne applicable pour la délivrance d'un mandat de perquisition devait-elle être respectée avant l'envoi de la lettre de demande? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

SCHREIBER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 841.

13. Charte des droits — Liberté d'expression — Sondages d'opinion — Élections — Loi électorale fédérale interdisant de publier, de diffuser ou d'annoncer les résultats de sondages d'opinion au cours de la dernière fin de semaine d'une campagne électorale et le jour du scrutin — Cette loi porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 322.1.

THOMSON NEWSPAPERS CO. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 877.

14. Charte des droits — Droit de vote — Accès à l'information durant une élection — Restrictions visant les résultats de sondages d'opinion — Charte canadienne des droits et libertés, art. 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 322.1.

THOMSON NEWSPAPERS CO. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 877.

DROIT CRIMINEL

1. Preuve — Juge du procès prenant en considération toute la preuve produite au procès — Confirmation de l'acquiescement de l'accusé.

R. C. POIRIER, 24.

2. Preuve — Interception de communications privées — Juge du procès écartant la preuve obtenue par écoute électronique — Cour d'appel statuant à bon droit que le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'interception était illégale parce qu'elle était interdite par l'autorisation judiciaire.

R. C. TAYLOR, 26.

3. Procès — Procédure — Moment opportun pour statuer sur une demande de la défense visant l'exclusion du casier judiciaire de l'accusé — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de statuer sur la demande avant que l'accusé ait témoigné?

R. C. UNDERWOOD, 77.

4. Preuve — Contre-interrogatoire de l'accusé — Déclarations de culpabilité antérieures — Demande de type Corbett — Moment opportun pour statuer sur une demande de la défense visant l'exclusion du casier judiciaire de l'accusé.

R. C. UNDERWOOD, 77.

5. Preuve — Complice — Corroboration — Mise en garde claire et correcte convenablement donnée au jury.

R. C. HORNE, 85.

6. Participants à des infractions — Complicité après le fait — Cour d'appel concluant à juste titre qu'il n'est pas nécessaire de reconnaître la culpabilité de l'auteur principal d'une infraction pour pouvoir déclarer coupable un complice après le fait.

R. C. SHALAN, 88.

DROIT CRIMINEL—Suite

7. Preuve — Perception frauduleuse d'aide sociale résultant de l'omission de déclarer un changement d'état civil — Rejet au procès de la preuve de la défense quant au mariage traditionnel en Afrique — Juge du procès n'ayant pas mal compris la preuve de la défense.

R. C. BEKOE, 90.

8. Moyens de défense — Légitime défense — Syndrome de la femme battue — Directives au jury — Accusée déclarée coupable de meurtre au second degré après qu'elle eut abattu son conjoint de fait qui lui infligeait des mauvais traitements — Dans ses directives au jury, le juge du procès a-t-il traité suffisamment de la preuve du syndrome de la femme battue relativement au moyen de défense fondé sur la légitime défense? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(2).

R. C. MALOTT, 123.

9. Directives au jury — Doute raisonnable — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il donné une directive erronée au jury sur le sens de l'expression «hors de tout doute raisonnable» en la comparant au degré de certitude qu'on utilise dans les décisions de tous les jours? — Dans l'affirmative, la tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée?

R. C. BISSON, 306.

10. Preuve — Témoins — Crédibilité — Témoignage de la plaignante contenant une preuve sur laquelle le verdict de culpabilité pouvait régulièrement s'appuyer — Verdict non déraisonnable — Déclaration de culpabilité rétablie.

R. C. H. (N.G.), 318.

11. Procès — Directives au jury — Preuve probante — Modifications proposées aux directives n'auraient eu aucun effet sur le résultat — Aucun tort important ou aucune erreur judiciaire — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. NIJAR, 320.

12. Libelle diffamatoire — Mens rea — Infraction de libelle diffamatoire requérant la connaissance de la fausseté et l'intention de diffamer — Juge du procès commettant une erreur en concluant que l'on a satisfait à l'exigence de mens rea par la preuve que les accusés auraient dû savoir que les déclarations étaient fausses — Y a-t-il une preuve suffisante que les accusés avaient une connaissance subjective de la fausseté des déclarations diffamatoires pour que leurs déclarations de culpabilité soient confirmées?

R. C. LUCAS, 439.

13. Verdict imposé — Preuve circonstancielle — Cause du décès inconnue — Juge du procès imposant un verdict d'acquiescement pour le motif qu'aucun jury raisonnable ne pourrait

DROIT CRIMINEL—Suite

conclure à la culpabilité, vu la lacune de la preuve quant au lien de causalité — Y avait-il lieu d'imposer un verdict d'acquiescement?

R. C. CHAREMSKI, 679.

14. Véhicules à moteur — Conduite dangereuse causant la mort.

R. C. REED, 753.

15. Agression sexuelle — Verdict de culpabilité au procès non déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. JUSSILA, 755.

16. Preuve — Identification — Accusé déclaré coupable sur la foi d'une preuve d'identification — Verdict ne pouvant raisonnablement être appuyé par la preuve — Acquiescement ordonné.

R. C. REITSMA, 769.

17. Agression sexuelle — Attouchements sur des personnes handicapées mentalement — Consentement — Déclarations de culpabilité prononcées par la Cour d'appel confirmées.

R. C. BERNIER, 975.

18. Exposé au jury — Juge du procès expliquant suffisamment au jury le point de vue de la défense.

R. C. MULLINS-JOHNSON, 977.

19. Compétence — Appel — La décision antérieure au procès de révoquer un avocat ne touche pas à la compétence et doit être examinée après le procès selon le processus normal d'appel.

R. C. DRUKEN, 978.

20. Preuve — Crédibilité — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et de séquestration — Verdict confirmé à juste titre par la Cour d'appel.

R. C. ABDALLAH, 980.

21. Procès — Procédure — Récusation motivée — Préjugés raciaux — Peut-on interroger des candidats jurés afin de vérifier s'ils ont des préjugés raciaux? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 638, 649 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 15(1).

R. C. WILLIAMS, 1128.

22. Appels — Cour suprême du Canada — Appel de l'accusé à la Cour suprême du Canada fondé sur une dissidence en Cour d'appel — Question de droit soulevée par le juge dissident non examinée dans le mémoire de l'accusé — Pourvoi rejeté.

R. C. GELLVEAR, 1218.

DROIT CRIMINEL—Fin

23. Agression sexuelle — Consentement — Victime sous l'effet de stupéfiants absorbés à son insu lors de l'agression — Juge du procès concluant erronément que la victime a donné un consentement valable — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement inapplicable puisque l'accusé n'avait pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la victime.

R. C. DAIGLE, 1220.

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Infraction — Moyen de défense — Validité d'une ordonnance administrative — Arrêté pris en vertu d'une loi provinciale sur la protection de l'environnement pour prévenir un risque de contamination — Personnes visées par l'arrêté ne se prévalant pas des mécanismes d'appel prévus à la loi et ignorant l'arrêté — Personnes accusées de ne pas s'être conformées à l'arrêté — Ces personnes peuvent-elles soulever comme moyen de défense la validité de l'arrêté? — Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1980, ch. 141, art. 17, 146(1a).

R. C. CONSOLIDATED MAYBRUN MINES LTD., 706.

DROIT DU TRAVAIL

1. Congédiement injustifié — Règle de la pertinence de l'existence d'un motif insuffisant — Rejet des arguments relatifs à cette règle.

DOWLING C. HALIFAX (VILLE), 22.

2. Convention collective — Contrôle judiciaire — Réduction des heures de travail — La réduction des heures de travail constituait-elle une mise à pied? — La décision dans laquelle le conseil d'arbitrage a conclu à une violation de la convention collective est-elle manifestement déraisonnable?

BATTLEFORDS AND DISTRICT CO-OPERATIVES LTD. C. SDGMR, SECTION LOCALE 544, 1118.

DROIT FISCAL

Succession — Légataire universel — Disposition fiscale prévoyant que le revenu d'une succession doit être inclus dans le calcul du revenu imposable d'une personne qui avait le droit d'en exiger le paiement lors de l'année d'imposition — À quel moment cette personne a-t-elle le droit d'en exiger le paiement? — Loi sur

DROIT FISCAL—Fin

les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 652, 663 — Code civil du Bas Canada, art. 891, 918.

HALL C. QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU), 220.

DROIT MUNICIPAL

Zonage — Usage dérogatoire — Ordonnance rendue en vertu d'une loi provinciale sur l'aménagement du territoire enjoignant une compagnie à cesser d'exploiter une carrière sur une partie de son terrain — Compagnie ne se prévalant pas du mécanisme d'appel prévu à la loi et ignorant en partie l'ordonnance — Compagnie accusée de ne pas s'être conformée à l'ordonnance — La compagnie peut-elle soulever comme moyen de défense la validité de l'ordonnance? — Planning Act, R.S.A. 1980, ch. P-9, art. 81, 154, 155.

R. C. AL KLIPPERT LTD., 737.

EMPLOYEUR ET EMPLOYÉ

Faillite — Indemnités de licenciement et de cessation d'emploi payables en cas de licenciement par l'employeur — Faillite peut-elle être assimilée au licenciement par l'employeur? — Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137, art. 7(5), 40(1), (7), 40a — Employment Standards Amendment Act, 1981, L.O. 1981, ch. 22, art. 2(3) — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 121(1) — Loi d'interprétation, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 10, 17.

RIZZO & RIZZO SHOES LTD. (RE), 27.

FAILLITE ET INSOLVABILITÉ

Sûreté mobilière — L'employée d'une société loue un véhicule — La bailleuse omet d'enregistrer une déclaration de financement en application de la Personal Property Security Act de la Colombie-Britannique et donc, de parfaire sa sûreté — L'employée produit une cession de faillite — Les biens de la faillite sont dévolus au syndic en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — La sûreté non parfaite grevant un bien est inopposable au syndic de faillite en vertu de la Personal Property Security Act — Le syndic a-t-il droit au produit de la vente? — Personal Property Security Act, S.B.C. 1989, ch. 36, art. 20b)(i) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 67(1), 71(2).

GIFFEN (RE), 91.

IMMIGRATION

Convention relative au statut des réfugiés — Exclusion — Inapplication de la Convention relative au statut des réfugiés aux personnes qui «se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies» — Revendication du statut de réfugié par une personne reconnue coupable au Canada d'une grave infraction liée aux stupéfiants — La revendication du statut de réfugié devrait-elle être rejetée? — Sens des mots «coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies» — Convention relative au statut des réfugiés des Nations Unies, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1Fc).

PUSHPANATHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 982.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Calcul du revenu — Revenu de location — Déductions — Paiements d'incitation à la location (PIL) — Des impératifs commerciaux ont entraîné le versement de PIL au cours d'une année — Les PIL sont-ils déductibles à titre de dépenses courantes au cours de cette année ou doivent-ils être amortis sur la durée du bail? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1), 18(1), (9).

CANDEREL LTÉE C. CANADA, 147.

2. Calcul du revenu — Revenu de location — Déductions — Paiements d'incitation à la location (PIL) — Impératifs commerciaux entraînant le versement de PIL au cours d'une année — Les PIL sont-ils déductibles comme dépenses courantes au cours de l'année en question ou doivent-ils être amortis sur la durée du bail? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1), 18(1), (9).

TORONTO COLLEGE PARK LTD. C. CANADA, 183.

3. Calcul du revenu — Réception d'un paiement d'incitation à la location («PIL») — Le PIL doit-il être considéré comme un revenu ou comme une rentrée de capital? — S'il s'agit d'un revenu, doit-il être inclus en entier dans les revenus de l'année où il a été reçu ou être amorti sur la durée du bail? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1) — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 12(1)x).

IKEA LTD. C. CANADA, 196.

4. Dividendes — Attribution — Contribuable constituant une société de portefeuille familiale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu — Épouse du contribuable élue seule administratrice de la société — Épouse déclarant des dividendes sur ses propres actions et sur celles du contribuable — Le revenu de dividendes touché par l'épouse devrait-il être attribué au contribuable aux fins de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(2).

NEUMAN C. M.R.N., 770.

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

5. Déductions du revenu — Pertes autres qu'en capital — Fusion de sociétés — Société remplacée — Sens du mot «contrôle» — Société achetant les actions d'une compagnie inactive dans le but de tirer profit des pertes autres qu'en capital que cette dernière avait accumulées — Société fusionnant avec la compagnie inactive — Le changement de contrôle empêchait-il la société de déduire les pertes autres qu'en capital de la compagnie inactive? — Faut-il tenir compte d'une convention unanime des actionnaires pour déterminer qui détient le contrôle de jure d'une société? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 87(2.1), 111(1), (5).

DUHA PRINTERS (WESTERN) LTD. C. CANADA, 795.

INDIENS

1. Terres indiennes — Abandon — Irrégularités dans le processus d'abandon — Abandon valide.

CHIPPEWAS DE KETTLE ET STONY POINT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 756.

2. Taxation — Réserves — Biens dans la réserve exemptés de taxe par la Loi sur les Indiens — Les biens achetés à l'extérieur de la réserve en vue d'une utilisation dans la réserve sont-ils soumis à la taxe sur les ventes provinciale? — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 87 — Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B. 1973, ch. S-10, art. 1 «consommateur», «acheteur», «vente au détail», 4, 5, 8, 16.

UNION OF NEW BRUNSWICK INDIANS C. NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DES FINANCES), 1161.

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Nouvelle audition — Motifs de jugement et ordonnances modifiés.

PUSHPANATHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (NOUVELLE AUDITION), 1222.

LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Droit à la vie privée — Droit à l'image — Publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente prise dans un lieu public sans sa permission — Pondération du droit à la vie privée et de la liberté d'expression — La publication de cette photographie porte-t-elle atteinte au droit à l'image et à la vie privée de l'adolescente? — La publication de la photographie est-elle permise en vertu de la liberté d'expression artistique

LIBERTÉS PUBLIQUES—Fin

ou du droit du public à l'information? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 5, 9.1.

AUBRY C. ÉDITIONS VICE-VERSA INC., 591.

2. Liberté d'expression — Liberté d'expression artistique — Publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente prise dans un lieu public sans sa permission — Pondération du droit à la vie privée et de la liberté d'expression — La publication de la photographie est-elle permise en vertu de la liberté d'expression artistique même si cette publication porte atteinte au droit à l'image et à la vie privée de l'adolescente? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 5, 9.1.

AUBRY C. ÉDITIONS VICE-VERSA INC., 591.

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Injonction — Violation — Ordonnance de la Cour fédérale interdisant aux intéressés de donner accès à certains messages téléphoniques jusqu'à ce que le tribunal des droits de la personne ait décidé de façon définitive si ces messages violaient la Loi canadienne sur les droits de la personne — Les intéressés ont-ils à bon droit été déclarés coupables d'outrage au tribunal pour avoir violé les conditions de l'injonction?

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. CANADIAN LIBERTY NET, 626.

PRATIQUE

Qualité pour agir — Contestation fondée sur la Charte — Professeur congédié par un collège en raison de son homosexualité — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — Les appelants ont-ils la qualité pour contester les dispositions législatives ne portant pas sur l'emploi? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

VRIEND C. ALBERTA, 493.

RELATIONS DE TRAVAIL

Mise à pied déguisée — Réduction des heures normales de travail — Les heures réelles de travail n'ont pas été réduites de

RELATIONS DE TRAVAIL—Fin

façon substantielle en raison des rappels au travail — Y a-t-il eu mise à pied déguisée?

CANADA SAFEWAY LTD. C. SDGMR, SECTION LOCALE 454, 1079.

RESPONSABILITÉ CIVILE

Atteinte à la vie privée — Publication dans une revue à vocation artistique d'une photographie d'une adolescente prise dans un lieu public sans sa permission — La publication de cette photographie porte-t-elle atteinte au droit à l'image et à la vie privée de l'adolescente? — La publication de la photographie est-elle permise en vertu de la liberté d'expression artistique ou du droit du public à l'information? — La publication de la photographie a-t-elle causé un préjudice à l'adolescente? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 5, 9.1, 49.

AUBRY C. ÉDITIONS VICE-VERSA INC., 591.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Négligence — Res ipsa loquitur — Preuve circonstancielle — Date, heure et lieu précis d'un accident de la route non connus — Intempérie et mauvais état de la route au moment présumé de l'accident — La maxime res ipsa loquitur s'applique-t-elle et, dans l'affirmative, quel est son effet?

FONTAINE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (OFFICIAL ADMINISTRATOR), 424.

SUCCESSIONS

Saisine — Exécuteur testamentaire et légataire universel — Nature et effet des saisines de l'exécuteur testamentaire et du légataire — Coexistence des deux saisines — La saisine de l'exécuteur a-t-elle préséance sur celle du légataire? — La saisine de l'exécuteur testamentaire s'étend-elle aux fruits et revenus générés après la mort du testateur? — Code civil du Bas Canada, art. 409, 891, 918.

HALL C. QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU), 220.

TRIBUNAUX

1. Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Jugement initial de la Cour suprême du Canada concluant à

TRIBUNAUX—Fin

l'absence d'indépendance des juges des cours provinciales de l'Alberta, du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard — Demandes présentées durant la nouvelle audition en vue de faire déclarer valides les décisions passées rendues par ces juges — Doctrine de la nécessité.

RENVOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É.), 3.

2. Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Jugement initial de la Cour suprême du Canada concluant à l'absence d'indépendance des juges de la Cour provinciale de l'Alberta — Précisions apportées aux déclarations portant invalidation de textes de loi — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94.

RENVOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É.), 3.

3. Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Rémunération des juges — Exigence relative au mécanisme indépendant, objectif et efficace de détermination de la rémunération des juges suspendue pour un an à compter de la date du jugement initial.

RENVOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É.), 3.

4. Compétence — Injonctions interlocutoires — Cour fédérale du Canada — Tribunal des droits de la personne constitué pour décider si certains messages téléphoniques enregistrés violaient la Loi canadienne sur les droits de la personne — Injonction demandée par la Commission canadienne des droits de la personne pour interdire les messages jusqu'à ce que le tribunal ait prononcé son ordonnance finale — La Cour fédérale avait-elle compétence pour accorder l'injonction demandée? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 3, 44 — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 13(1).

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. CANADIAN LIBERTY NET, 626.

5. Procédure — Appel de plein droit — Procédure ayant donné lieu à l'appel de plein droit déjà engagée avant l'abolition de l'appel de plein droit — Conditions préalables à l'appel de plein droit réunies uniquement après l'abolition de l'appel de plein droit — Les appels doivent-ils être annulés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(2).

R. C. PUSKAS (REQUÊTE), 1207.

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Bik

Nbre

03159442

OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9